






بسم الله نعم يا معين اعن عبدك
بالنبي ص وآله ع

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد
وآله الطيبين الطاهرين الغر الميامين اعلام
الحق وادلاء الخلق السادة الولاة والقادة الحماة
قال ره كتاب الشفعة وهي استحقاق احد
الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها
بالبيع اقول الشفعة لغة التقوية والاعانة والزيادة
وجعل الوتر زوجا وتملك مال الغير في الجملة ونحو ذلك وشرعا
كما في مجمع البحرين وغيره استحقاق الشريك الحصة المبيعة من
شريكه وفي القاموس ان الشفعة ان تشفع فيما تطلب فتضمه
الى ما عندك فتشفعه اي تزيده وعند الفقهاء حق تملك
الشقص على شريكه المتجدد ملكه قهرا بعوض ويقرب منه تعريف
المصنف

المصنف وغيره وظاهره ان ذلك اصطلاح للفقهاء لا انه حقيقة
شرعية ولعل ذلك لعدم معلومية وجود خطاب فيها مع اصالة
عدم النقل ومجرد معلومية مراد الشارع منها او استعمالها فيها
لا يوجب الحقيقة الشرعية كما في نظائره ولكن قد يقال بان
المراد منها عرفا واصطلاحا انما هو اخذ الشريك حصة شريكه
المبيعة على غيره قهرا عليه وشرعيتها ثابتة بالنصوص والاجماعات
المستفيضة او المتواترة بيننا وبين سائر المسلمين الا من شذ
منهم والتعرض ولا ثمرة مهمة في التعرض لجميع تعاريفها
المختلفة والمتقاربة المراد منها الاشارة الى المعنى المراد شرعا
في الجملة فيكون مراد الجميع الشفعة اخذ مخصوص على نحو قولهم القدم
اسم لمخصوص وليس الغرض منها التعريف الحقيقي كي يورد عليها
انتقاضها طردا او عكسا واشتمالها على ذكر بعض شرائطها ونحو
ذلك مما يعتبر في التعريف الحقيقي عندهم والظاهر انها اسم للصحيح
كما في الفاظ العقود والايقاعات فانها من الايقاعات صرح به
في [illegible] لانها كالمستثنى من حرمة الغصب واحتمال انها اسم
للاعم منه ومن الفاسد مع احتمال انه لا تتصف بذلك لانها
من الاحكام التي لا تقع على وجهين وانما يتصف الآن بهما
[illegible] خصوصا فتدبر جيدا والله اعلم قال ره
والنظر في ذلك يحتمل خمسة مقاصد



الأول ما يثبت به الشفعة ويثبت في الأرضين
كالمساكن والعراص والبساتين اجماعا
وهل تثبت فيما ينقل كالثياب والالات
والسفن والحيوان قيل نعم دفعا للكلفة
واستنادا الى رواية يونس عن بعض
رجالها عن ابي عبد الله ع وقيل لا
اقتصارا في التسلط على مال المسلم موضع
الاجماع واستضعافا للرواية المشار
اليها وهو اشبه اقول لا خلاف في ثبوتها في الارضين
بل الاجماع بقسميه عليه مع كونها قابلة للقسمة او مطلقا وهو
المتيقن من اطلاق نصوصها الواردة لها كقوله ع انه لا شفعة
الا في ربع او حائط وقوله ع الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت
الحدود وضربت الطرق فلا شفعة وعن الصادق ع عن
امير المؤمنين ع انه قال لا شفعة الا لشريك غير مقاسم وعنه ع
قال قضى رسول الله ص بالشفعة بين الشركاء في الارضين و
المساكن وقال لا ضرر ولا ضرار وقال ع اذا ارفت الارف
وحدت الحدود فلا شفعة الى غير ذلك من النصوص الخ

القسمة ص ٢

لا ينكر

لا ينكر شمولها لها ان لم تكن ظاهرة فيها واما ثبوتها في غيرها فقد
اختلفوا على اقوال كما في الكفاية وغيرها فخيرة اكثر المتقدمين و
جماعة من المتأخرين منهم الصدوقان والشيخان والمرتضى وابن
الجنيد وابو الصلاح والقاضي وابن البراج وابن ادريس وابن زهرة
وابن حمزة وغيرهم ثبوتها في كل مبيع منقولا كان ام لا
قابلا للقسمة ام لا ومال اليه الشهيد في الدروس ونقل عن [illegible]
بل عن الانتصار الاجماع عليه وانه من متفردات الامامية وعن ابن ادريس
الاجماع عليه ايضا وقيده آخرون بالقابل للقسمة وتجاوز
آخرون ثبوتها في المقسوم ايضا كما اختاره ابن ابي عقيل واقتصر
اكثر المتأخرين على اختصاصها بغير المنقول عادة وعلى عدم ثبوتها
في سائر المنقولات كما هو خيرة المقنعة والفاضل ووالده وولده
وكاشف الرموز والشهيدين في اللمعة والروضة بل عن الخلاف
نسبته الى اكثر اصحابنا بل عن التذكرة نسبته الى المشهور
وعن الدروس نسبته الى المتأخرين وقد يستدل له على الاول
مع الاجماع المتقدم بل ومع مناسبته لعدم تكلف القسمة
كما قيل بالنصوص الواردة عنهم ع كمرسل يونس الذي رواه
المشايخ الثلاثة عن ابي عبد الله ع عن الشفعة لمن هي وفي
اي شيء هي ولمن تصلح وهل تكون في الحيوان شفعة وكيف هي
فقال ع الشفعة جائزة وفي الفقيه واجبة في كل شيء من حيوان

الامامية ١٢ ص

او ارض او متاع اذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع
احدهما نصيبه فشريكه احق به من غيره وان زاد على اثنين
فلا شفعة لاحد منهم وكخبر البزنطي عن ابي سنان انه سئل
عن مملوك بين شركاء اراد احدهم ان يبيع نصيبه فقال
يبيعه فقلت انهما كانا اثنين فاراد احدهما ان يبيع نصيبه
فلما اقدم على البيع قال له الشريك اعطني فقال هو احق به
ثم قال ع لا شفعة في الحيوان الا ان يكون الشريك فيه
واحدا وكصحيح ابن سنان عن ابي عبد الله ع عن المملوك يكون
بين شركاء فباع احدهم نصيبه فقال احدهم انا احق به أله
ذلك فقال ع نعم اذا كان واحدا وكصحيح الحلبي عنه ع عن المملوك
بين شركاء فيبيع احدهم نصيبه فيقول صاحبه انا احق به أله
ذلك فقال ع نعم اذا كان واحدا قيل له ع في الحيوان شفعة
فقال ع لا الى غير ذلك من النصوص ولو بضميمة عدم القول
بالفصل بين مواردها وغيرها ان ثبت والا فلا يتم الاستدلال
بها على القول المزبور كما هو واضح وقد يستدل على عدم
ثبوتها في المنقول مطلقا مع الاصل بخبر السكوني عن ابي
عبد الله ع انه قال قال رسول الله ص لا شفعة في سفينة
ولا في نهر ولا في طريق وخبره عنه ع عن ابيه ع عن آبائه ع
عن امير المؤمنين ع انه قال قال رسول الله ص لا شفعة في سفينة ولا
في نهر

في نهر ولا في طريق ولا في رحى ولا في حمام وخبر سليمان عن ابي عبد الله ع
انه قال ليس في الحيوان شفعة وقال الكليني وروي ايضا ان الشفعة
لا تكون الا في الارضين والدور فقط وبما عن جابر عن
النبي ص قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وطرقت
الطرق فلا شفعة وعنه ص انه قال انما الشفعة ح وعنه ص انه
قال الشفعة في كل مشترك في ارض او رباع او حائط لا يصلح
له ان يبيع حتى يؤذن شريكه فيأخذ او يدع الى غير ذلك
مما يدل على عدم ثبوتها في المنقول ولو بضميمة عدم القول
بالفصل ايضا ان المانع لعدم القول بالفصل في الجانبين
ايضا مستظهر بل لا يخفى على المتتبع لعباراتهم المستفاد منها
اقوال وتفصيلات كثيرة قديمة وحادثة على وجه يقدح في
ثبوت الشهرة على احد القولين في المتن وغيره فعن الحلبي
انه قال لا شفعة في سفينة ولا رقيق فانه ظاهر في ثبوتها
في غيرهما من المنقولات وحمله على المثالية فيكون نافيا لها
في باقي المنقولات ايضا تعسف بلا داع اليه اصلا بل يكون احتمال
ارادته للتفصيل المزبور في عدم نسبة اطلاق النفي اليه وعن
المقنع انه لا شفعة في سفينة ولا في طريق ولا حمام ولا
رحى ولا نهر ولا ثوب ولا في شيء مقسوم وانها واجبة في كل
شيء عدا ذلك من حيوان او ارض او عقار او رقيق وغيره

المرسلة ان الشفعة واجبة في كل شيء من حيوان او عقار او رقيق
اذا كان الشيء بين شريكين وليس في الطريق شفعة ولا في نهر ولا
في رحى ولا في حمام ولا في ثوب ولا في شيء مقسوم وعن النهاية انها
تثبت في كل مبيع منقولا او غيره وانها لا تثبت فيما لا يصح
قسمته مثل الحمام والارحية وما اشبههما مع ارسله ثاني الشهيدين
وغيره من المفصلات على وجه يعلم منه انتشار الاقوال في المسئلة
وانه لم يستقر فيها اجماع بسيط او مركب ولذا جار الفاضل
في المخ الى قول لم يسبقه احد وهو ثبوت الشفعة في خصوص
المملوك دون مطلق الحيوان وغيره وان ارسله المصنف الا
انا لم نعرف قائله وح فلعل نصوص الجواز فيه مما يدل على الجواز
مطلقا بناء على عدم القول بالفصل بينه وبين غيره كما قيل ويشهد له
الصحيح عن الغنوي عن ابي عبد الله ع عن الشفعة في الدور اشيء
واجب للشريك ويعرض على الجار وهو احق بها من غيره فقال ع
الشفعة في البيوع اذا كان شريكا فهو احق بها من غيره بالثمن
المعتبر ذلك كما قيل الا انه لا يخلو من تنظر بعد وضوح عدم استقرار
الخلاف فيه على وجه يعلم منه كون راي الامام ع موافقا لاحد القولين
او الاقوال وح فقد يقال ان المستفاد من تتبع النصوص كون
محل الشفعة انما هو ما يقبل القسمة ولو بالتعديل كما لو كان بينهما
حيوان كثيرة يمكن تعديلها نصفين وعدم امكان قسمة الحيوان
الواحد ونحوه وعدم جريان الشفعة فيه غير قاض بالمنع فيها مع

امكان

امكان القسمة فيها ايضا ودعوى الاجماع على عدمه عهدتها على مدعيها
وبذلك قد يجمع بين النصوص التي قد اثبتت الشفعة في الحيوان
وبين النصوص التي قد نفت الشفعة فيه بل قد يحمل نصوص
جوازها في المملوك على ذلك ايضا الا انه بعيد جدا ان لم يكن
مقطوعا بعدمه فقد يقال بجوازها في خصوص المملوك مطلقا
وفي غيره مع امكان قسمته فقط وفي المخ انها انما تثبت
فيما يصح قسمته خاصة الا المملوك لان الاصل عدم الشفعة
وبقاء المبيع على ملك المشتري خرج عنه ما تصح قسمته للنص ولمعنى
لا يوجد في غيره وهو التضرر في القسمة فيبقى الباقي على الاصل
ولما عن سليمان عن الصادق ع انه قال قال رسول الله ص
لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق ولخبر طلحة عن الصادق ع
عن ابيه ع عن امير المؤمنين ع انه قال لا شفعة الا لشريك
مقاسم ولخبر عقبة السابق وغيره مع صحيح الحلبي وغيره مما يدل
على ثبوتها في المملوك غير الحيوان اي واما الحيوان فان امكن
قسمته كالغنم مثلا فتجري الشفعة فيه والا لم تجر فيه
وفي النافع وفي ثبوتها في الحيوان قولان والمروي انها لا تثبت
وح فقد مر من اثبتها في العبد دون غيره الى غير ذلك مما
يقضي بعدم ثبوت الاجماع المركب فلاحظ وتامل والله اعلم

قال ره اما الشجر والنخل والابنية فتثبت فيه

١٢ قوله ص

الشفعة تبعا للأرض ولو افرد بالبيع نزل

على القولين اما الاول فلا اشكال فيه فانما لك لشمول ادلة ثبوتها في الارضين والدور والرباع واما غط لذلك الفه

وقد نقل كثير منهم معرفة الخلاف في ذلك بيننا او بين المسلمين

ولكن قد يتوهم بانه في تلك غير بيع جميع ما فيه الشفعة وما ليست

فيه بعقد واحد فتثبت في الاول دون الثاني ودعوى الاجماع

على التبعية المزبورة بحيث تشمل جميع افراد الشجر والنخل و

الابنية الواقعة في الارض المبيعة محل تامل خصوصا مع كون

الارض مبيعة تبعا لها كما في ارض الخراج نعم المندرج في اسم

المنزل والدار عرفا مندرج في النصوص ان تم وانما شمولها

لمطلق الثلثة محل منع وكذا شمولها للابواب والاعتاب والاوتاد

والحديد والجدران ودعوى ان المراد كلامهم من ذكر الثلثة انما هو

مثال للكل ثابت في الارض كالنخلة الواحدة في الدار او في الحجر

والشجرة كذلك ونحو ذلك مما لا شاهد عليها كنفي الاشكال في

شمول اسم الدار للابواب والاخشاب والاعتاب ونحوها من

المنقولات التي اشتغلت وفي ثبوت الشفعة فيها تبعا للدار

واولى بالمنع دخول المفاتيح فيها ايضا كذلك ولا يلزم من تبعيتها

لها في البيع تبعيتها لها في الشفعة التي مدارها على اسم الدار والبستان

والمسكن لا على تبعيتها لها عند بيعها ودعوى التلازم بينهما واضحة

السقوط فان الاول من الاجزاء للدار ونحوها بخلاف الثاني فانه

ليس من اجزائها قطعا ولكنه تابع لبيعها عرفا ولكن قد يقال بان

ظاهر

ظاهر المتن ونحوه من عباراتهم ان ثبوت الشفعة فيها تبعا لثبوتها

في الارض لا انها تثبت فيها على نحو ثبوتها في الارض لشمول ادلتها

لها معا على حد سواء وعلى نهج واحد كما هو مقتضى تلك الادلة

كما قيل وان كان المنع لذلك كما تراه مستظهرا في ان الابواب و

الاوتاد ليست من اجزاء الدار قطعا وان كانت تابعة لها

في البيع حال وجودها والتزام جزئيتها منها في غير محله فتدبر جيدا

والله اعلم ولو بيعت النخلة او الشجرة مع مغرسها والجدار مع

اسه فظاهر المتن ونحوه ثبوت الشفعة فيهما لصدق بيع

الارض مع الشجر او النخل او البناء كما قبل الان على التبعية

الشجر للارض وفيه ان المنع بل لعل العكس اولى مع ان بيعهما

المقدار من الارض وحده لا يكون سببا لثبوت الشفعة فيه لعدم

امكان قسمته فكيف مع ضمه اليها الا ان يجري الشفعة فيه اصلا كما هو واضح

فتدبر جيدا والله اعلم ولو بيعت النخلة مثلا مع ارض اخرى غير تابعة

لها فهو كما لو بيعت منفردة الذي قد صرح كثير منهم من غير خلاف فيه

يعرف بتفرعه على القولين كما في المتن وغيره بل لعل الجواز فيه

اولى من الجواز في المنقولات الفعلية كالثياب ونحوها ولكن قد يقال

بان المنع من جريان الشفعة في المنقول حال البيع غير قاض بالمنع من جريانها

في الثابت حال البيع وان كان قد يصير منقولا ولو بعد مدة طويلة

او كان منقولا قبل غرسه مثلا لامكان الفرق بين الامرين شرعا

اللهم الا ان يتم اجماع على عدمه ولكن انى لنا بذلك خصوصا بعد امكان

الحكم بمرسل يونس ونحوه الآتي في موارد ثبوت الاعراض
عنه كالمنقول حين البيع كما هو غير بعيد فتامل جيدا والله اعلم ولو
كانت ارض الغرفة سقفا لصاحب السفل المختص فلا شفعة ه فقطع
في بيع الغرفة كما نص عليه في كثير من العبارات للاصل ولعدم التبعية
للارض كما قيل ولكن ظاهر الدروس التردد فيه ولعله للمرسل
مع عدم ثبوت الاعراض عنه وفي خفاء ذلك بعد قلة التحقيق لا يخ
ولو كان السقف لهما فاولى بثبوت الشفعة فيه ولكن في القواعد
وغيرها فيه اشكال من حيث انه في الهواء فليس بثابت وعن التذكرة
ان الاقرب عدم ثبوت الشفعة فيه وعن جامع المقاصد انه هو الاصح ٢ بثبوت هي
لان الشفعة انما هو لتبعية الارض ولا ارض هنا وعدم النقل
عادة لا يخرجها عن كونها منقولة في الاصل او بعد حين ولو
طويلا وقد يورد عليه بصدق المسكن والدار على نحو ذلك
فتثبت فيه الشفعة كما عن الفخر وغيره وكون الشيء منقولا او ثابتا
ليس بعنوان في شيء من النصوص ولولا ذلك لاشكل ثبوت الشفعة
في المسكن الاسفل باعتبار ان اعلاه ملك لغيره كما قيل وعليه منع ظاهر
فلاحظ وتامل والله اعلم ولو كانت اجزاء الدار من حديد او
خشب او قصب او نحو ذلك فبيعت مع الارض ففي ثبوت الشفعة
فيها وجهان اوفق لان من اصالة العدم ومن اطلاق مرسل يونس
بل ومرسل الحلبي ايضا وصحيحه لصدق الدار عرفا على ذلك كله
ولو بيع الخشب ونحوه منفردا ففي ثبوت الشفعة فيه البحث الآتي
وكذا

وكذا البحث فيما لو بيع الزرع والمجذوذات مع الارض او منفردا
لاتحاد المناط في الجميع كما هو واضح فتامل جيدا والله اعلم قال ره

ومن الاصحاب من اوجب الشفعة في العبد

دون غيره من الحيوان اقول ونحوه في النافع والتحرير
ولكن قد اعترف كثير منهم بعدم العثور على قائله قبل الفاضل ره
في المخ وفي الكل مع انه لا شفعة في نهر ولا سفينة ولا رحى ولا فيما
تتساوى اجزائه كالطعام ونحوه ولا في الحيوان والامتعة والجواهر
والبذر والزرع والنخل والشجر والبناء اذا بيعت منفردة عن
الارض فان بيع النخل والشجر والبناء ففي الكل الشفعة وتثبت
الشفعة في الحيوان اذا كان بين اثنين وقيل تجب في كل مشترك
ولعله اشار الى خبر عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله ع عن مملوك
بين شركاء اراد احدهم بيع نصيبه فقال ع يبيعه فقلت له ع فانهما
كانا اثنين فاراد احدهما بيع نصيبه فلما اقدم على البيع قال له شريكه
اعطني فقال ع هو احق به ثم قال ع لا شفعة في حيوان الا ان يكون
الشريك فيه واحدا ولكن في خبر الحلبي عنه ع انه فقيل له ع افي الحيوان
شفعة فقال ع لا وفي خبر سليمان عنه ع انه قال ليس في الحيوان
شفعة وفي الاستبصار حملهما على ما اذا كان بين اكثر من شريكين جمعا
بينهما وبين النصوص السابقة الناصة على ثبوت الشفعة فيه اذا
كان بين اثنين ونحوه في الفقيه وفيه ان هذا الحمل قاض بعدم الفرق
بين المملوك وغيره في جريان الشفعة فيه مع ان صحيح الحلبي كالنص في الفرق

بينهما فيكون شاهداً على الجمع بين النصوص بذلك كما جار اليه الفاضل
في المخ وغيره وفي التنقيح انه قال ابن بابويه والشيخ في النهاية
بانها تثبت في الحيوان مطلقاً وقال في المبسوط بعدم ثبوتها فيه مطلقاً
وتبعه ابن حمزة وسلار واما التفصيل بين المملوك وغيره فلا
نعلم القائل به وفي الرياض انه ضعيف شاذ وان صح سنده
ذل عليه لعدم مقاومته لما دل على عدم الفرق بين المملوك وغيره
من وجوه شتى الا انه في غير محله بعد عدم ثبوت شهرة معتبرة على
عدمه فضلاً عن الاجماع على عدمه وبعد كون ذلك جمعاً عرفياً
شرعياً فتأمل جيداً والله اعلم قال ره وفي ثبوتها في النهر
والطريق والحمام وما تضر قسمته تردد
[illegible] اشبهه انها لا تثبت ونعني بالضرر
ان لا ينتفع به بعد قسمته والمتضرر لا يجبر على
القسمة ولو كان الحمام او الطريق او النهر مما
لا تبطل منفعته بعد القسمة اجبر الممتنع و
تثبت الشفعة فيه وكذا لو كان مع البئر بياض
ارض بحيث تسلم البئر لاحدهما اقول قد صرح كثير
منهم بعدم ثبوت الشفعة في نحو ما لا تصح قسمته شرعاً بل نسب
الى الاكثر بل انه المشهور خصوصاً بين المتأخرين كما نسب اليهم ايضاً بل في
التنقيح ان عليه الفتوى تمسكاً بالاصل او بالنصوص الدالة على عدم الشفعة

في النهر والطريق والرحى والحمام بعد الاجماع على التقييد بغير القابل للقسمة
بل لعل ذلك هو المتبادر منهما بل لعل المتبادر منها ان ذلك شأن الجميع
ما هو مشترك بل انها في الارض وغيرها مما صح فيقيد بها مرسل يونس
وغيره وهو اولى من حملها على التقية وبقوله ع انما الشفعة فيما
لم يقسم فانه كالنص في اعتبار قابلية القسمة وانه تثبت فيه
الشفعة قبل قسمته فاذا قسم فلا شفعة فيه وبقول احدهما ع الشفعة
في كل شريك لم تقاسم وبقول الكاظم ع الشفعة لا تكون الا لشريك لم
تقاسم فانه ظاهر ان لم يكن صريحاً في قابلية محل الشفعة للقسمة قال
السكوني قال ابو عبد الله ع انه قال لا شفعة الا لشريك غير مقاسم
وقال ابن سنان قال ابو عبد الله ع لا تكون الشفعة الا لشريكين
ما لم يتقاسما واذا صاروا ثلثة فليس لواحد منهم شفعة وقال محمد بن
مسلم قال ابو جعفر ع اذا وقعت السهام ارتفعت الشفعة وقال
ابو العباس والبصري سمعنا ابا عبد الله ع يقول الشفعة لا تكون الا
لشريك لم يقاسم الى غير ذلك مما ورد عنهم ع بهذا المضمون ومنع الفرق
والفرار اللازم من ثبوتها فيما لا يقبل القسمة كما قيل ولكن في الجميع نظر
لوجوب الخروج عن الاصول باطلاق ما دل على ثبوتها في جميع المشتركات
بين اثنين مع وضوح منع المنافاة في النصوص ومنع كون المناط فيها هو
عدم قابلية القسمة مع وضوح كون المستفاد من باقي النصوص انما هو نفيه
القسمة حيث تمكن من الشفعة ولا يلزم من ذلك اشتراط قابلية القسمة
في محل الشفعة مع وضوح كون ثبوت الشرعية اصل الشفعة لا اشتراط
قابلية القسمة في محل الشفعة بل خبر عقبة بن خالد لا ينكر ظهوره في ذلك

فلاحظ ولا تغفل ولعله لذا توقف الشهيد وكثير ممن تاخر عن الشرط
المزبور وظاهر المسالك انكاره ايضا بل انكره بعضهم حاكيا له
عن السيد وابن ادريس واكثر المتقدمين وهو خيرة القديمين
والصدوقين والمفيد والسيد وابن زهرة وابن البراج وابن ادريس
وغيرهم على ما عن بعضهم بل ظاهر الغنية اجماع اصحابنا على ذلك وان
كان فيها ايضا ومن اصحابنا من قال بانه لا تثبت حق الشفعة الا
فيما يحتمل القسمة شرعا بل ظاهر الانتصار الاجماع عليه من غير حكاية
خلاف فيه عن اصحابنا نعم العامة محتجين على ذلك مع اجماع الامامية
بما روي عن النبي ص من ان الشفعة في كل شيء ومن انها فيما لا ينقسم فانه
شامل للقابل لها وغيره لغة وعرفا وفي السرائر ان اشبه القول بها
الاظهر من تحصيل اصحابنا وهو خيرة السيد وغيره من المشايخ في الفقيه
والنهاية في اول باب الشفعة وان قال بالاول بعد ذلك كما هو خيرة
في الخلاف والدليل على صحة ما اخترناه الاجماع من المسلمين على وجوب
الشفعة لاحد الشريكين اذا باع شريكه ما هو بينهما وعموم الاخبار في
ذلك والاقوال والمخصص يحتاج الى دليل وتمسك من قال من
اصحابنا بما رواه المخالف لقوله ص الشفعة فيما لا يقسم دليل لنا
لا علينا لانه ص قال فيما لا يقسم والاشياء الممتنعة لا تقسم
وقولهم انما ارادوا ان الشفعة فيما يقبل القسمة فلم تقسم وان
ما لا يقبلها اصلا لا شفعة فيه قول بعيد عن الصواب الى آخر ما في
ونحوه مما لا ثمرة مهمة في الاطالة في ذلك فلاحظ وتامل والله
اعلم واما الضرر المانع من القسمة فقد ذكروا فيه وجوها منها ان لا ينتفع

٢ وانما اقتصر على حكايته عن

به بعد

به بعد القسمة اصلا بحيث يخرج عن المالية ومنها ان ينقص قيمته بعد القسمة
عن قيمته قبلها مطلقا ولو يسيرا ومنها ان تنقص عنه نقصانا فاحشا ومنها
ان تفوت بها المنفعة التي كانت قبل القسمة مطلقا وان كانت اعود
عليه من المنفعة الباقية على القسمة كما قيل والجميع لا يرجع الى دليل معتبر
والمتيقن من الضرر انما هو الاول فقط ولكن يتجه عليه صحة قسمة الاشياء
المزبورة اذ لا ريب في الانتفاع بها بعد القسمة في الجملة بل فرض عدم
الانتفاع بها اصلا بعد القسمة نادر او مجرد فرض اذ غالب المشترك كان
او جميعه مما ينتفع بها في الجملة بعد القسمة مع ان كثيرا من الموارد قد
اتفقوا على انها غير قابلة للقسمة مع حصول الانتفاع بها في الجملة عند
اهل العرف والعادة فيكشف ذلك عن عدم كون المدار على ذلك فلعل
المدار على صدق الضرر عرفا او على الموارد المجمع عليها على عدم الاجبار
على القسمة فيها فيبقى في موارد الشك على وجوب اجابة الشريك اليها
عند طلب شريكه وقد يجيء لذلك تتمة عند تعرض المصنف له ان شاء الله
تعالى وبالجملة ٢ فانه ٤ واما الاجبار على القسمة مع انتفاء الضرر بها مع
فلا خلاف فيه ولا اشكال لعموم تسلط الناس على اموالهم وحقوقهم كما قيل
مع سلامتها من الضرر لان المفروض انها لا تبطل منفعته التي كان عليها
غاية الامر ان الحمام مثلا قد كان كبيرا فصار صغيرا مع بقاء حماميته على
حالها ولا يقدح فوات فوائد السعة التي كانت بسبب الشركة بينهما فان
ذلك غير مانع من القسمة والا لتعذرت غالبا او دائما كما هو واضح
ولكن قد يقال بان ذلك انما يتم على التفسير الاول للضرر واما على غيره
فلا يشترط في الاجبار عليها بقاء المنفعة التي كانت بل يكفي بقاء مطلق المنفعة
او بقاء منفعة لا تنقص قيمتها عن مالية المنفعة التي كانت نقصا فاحشا

واعلم ان [illegible]
الغرض على [illegible]
لان مقصودا [illegible]
الموجودة [illegible]
والمفقود [illegible]
في اختيار [illegible]
[illegible]

ولكن في لزوم اجابة الشريك الى القسمة بحيث يجبر عليها ويقوم الحاكم
مقامه مع تعذر اجباره تأمل بل منع ان لم يكن عليه اجماع واني يحصل
واولى بالمنع ما لو كانت البئر مثلا في حصة احدهما وان جازت القسمة
كذلك مع التراضي كما في القسمة المشتملة على الرد وكذا البحث في الرحى
ونحوه مما يسلم لاحدهما لا الاخر والمناط في الجميع كما هو واضح فتدبر جيدا
والله اعلم قال ره وفي دخول الدولاب والناعورة في
الشفعة اذا بيع مع الارض تردد وقيل لا منشأ التردد من انهما
منقولان في انفسهما ومن عدم جريان العادة بنقلهما وفي المسالك و
غيرها كما عن كثير منهم ان الاقوى دخولهما تبعا لشمول اسم الدار والحمام
والبستان لهما اذا كانا من جملة المرافق كشمولها للابواب المثبتة على
مع قبولها للنقل في نفسها ولو بيع ذلك منفردا فلا اشكال في عدم
ثبوت الشفعة فيه بناء على عدم ثبوتها فيما ينقل كما قيل وفيه نظر
كما يظهر مما مر فلاحظ وتدبر والله اعلم قال ره اذ ليس من عادته
ان ينقل ولا يدخل الحبال التي تركب عليها الدلاء
في الشفعة الا على القول بعموم الشفعة في
المبيعات اقول بل قد يقال بدخولها فيها تبعا للارض وان لم
نقل بثبوتها في كل مبيع مستقل عنه غير تابع له اللهم الا
ان يدعى الاجماع المركب على عدمه واني له بذلك بل قد يقال بدخول
نفس الدلاء ايضا فيها للتبعية المذكورة على نحو تبعية المفاتيح للدار
وان لم نقل بثبوتها في كل مبيع منقول غير تابع للارض ونحوها اللهم الا ان
يتم الاجماع على عدم الفرق بين الامرين فلاحظ وتأمل والله اعلم
قال ره ولا تثبت الشفعة في الثمرة وان بيعت على
رؤوس النخل والشجر منضمة الى الاصل والارض

وان تعدد واحد الشريكين ... بغير الاذن ... صح ... للتحقق والاتفاق والخبر مع ... (marginal note)

اقول

اقول قد صرح بذلك وبالزرع ونحوه كثير منهم بل ربما نفي الاشكال فيه
بناء على عدم ثبوتها في المنقولات للاصل ولانها لا تدخل في البيع ولانها
بحكم المنقول ومباشرة اليه ولانها لا تدخل في اسم البستان ونحوه و
لكن لم نجد في ذلك خلافا كما قيل ولكن عن المبسوط انه تثبت
الشفعة في الثمار والزرع تبعا للاصول والارض الا انه ضعيف لتمسكه
بالعمومات المقتصر على تخصيصها بالمنقول فقط لا حين البيع اصالة والمفروض
انا عدمه ودعوى الاجماع على عدم الفرق بين الامرين عهدتها على
مدعيها فتدبر جيدا والله اعلم قال ره وتثبت في الارض المقسومة
بالاشتراك في الطريق او الشرب اذا بيع معها فلو
افردت الارض المقسومة بالبيع لم تثبت الشفعة
في الارض وتثبت في الطريق او الشرب ان كان
واسعا يمكن قسمته اقول اما الاول فقد صرح به كثير منهم من
غير خلاف فيه يعرف كما اعترف به بعضهم بل ظاهرهم الاتفاق عليه بل في
المسالك الاجماع عليه ظاهرا تارة وصريحا اخرى كما عن الخلاف في الطريق
وكانه لعدم الفرق بينه وبين الشرب عنده ونحوهم كما قيل وقد يستدل
عليه مع ذلك بالاستصحاب وبعدم تمام القسمة للاشتراك في الطريق ولما قيل
وبالنصوص الواردة عنهم كصحيح منصور بن حازم عن ابي عبد الله ع عن دار
فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار فباع بعضهم منزله من رجل هل
لشركائه في الطريق ان يأخذوا بالشفعة فقال ع ان كان باع الدار وحول
بابها الى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم وان باع الطريق مع الدار فلهم

الشفعة ونحوه عن الفقه الرضوي وكصحيح الآخر كما قيل عنه (ع) عن دار
بها قوم اقتسموها فاخذ كل واحد منهم قطعة فبناها وتركوا بينهم
ساحة فيها ممرّهم فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم أله ذلك فقال
نعم ولكن يسدّ بابه ويفتح بابا الى الطريق او ينزل من فوق السطح
ويسدّ بابه فان اراد صاحب الطريق بيعه فانّهم احق به والا
فهو طريقه يجيء حتى يجلس على ذلك الباب ونحوه موثقه عنه (ع) ولو بعد
حملها على ذلك بقرينة الصحيح الاول الذي هو العمدة في اثبات ذلك
ومقتضاه ثبوت الشفعة في بيع الدور المشتركة في الطريق وان
لم تكن مقسومة بعد اشتراكها بل كانت مختصة بأربابها ابتداء
وقد صرّح بذلك الفاضل في التذكرة وثاني الشهيدين في المسالك
والروضة وصاحبا الكفاية والرياض وغيرهم وهو ظاهر المقنع
والنهاية والمبسوط والخلاف والمهذب وفقه الراوندي والغنية
والسرائر والتبصرة والمفاتيح وغيرها مما عن بعض عملا
باطلاق الصحيح ولكن في الوسيلة والنافع والقواعد وموضع
من التحرير والارشاد والمختلف والدروس واللمعة وغيرها التعبير بنحو
المتن ولا ينكر ظهوره في اشتراط ذلك في ثبوت الشفعة وهو صريح
المحقق الثاني محتجا بان ضم المشفوع فيه الى غيره لا يوجب الشفعة في غيره
اتفاقا والمبيع لشريك المشتركة فيه في الحال ولا في الاصل لم تتعلق به
الشفعة قطعا اذ لو بيع وحده لم تثبت فيه شفعة بحال فاذا
ضم الى المشترك وجب ان يكون كذلك ويتقدم قوله (ع) لا شفعة
الا لشريك غير مقاسم ولا شركة هنا لا في الحال ولا في الاصل وهو لم

الشفعة

الشفعة لا تكون الا لشريك ولا شركة هنا اصلا كما هو المفروض وقد يورد
عليه بانّ النصوص محل للقسمين والعمل به في احدهما دون الآخر لا يخلو
من تحكم ومع تخصيص به العمومات المانعة من الشفعة فيهما مع ومعلوم عدم
العمل به في صورة عدم سبق الشركة فلا يقتصر على تخصيص العمومات بالنسبة
اليها وان قوي عليه بحمل الاصحاب بالنسبة الى صورة سبق الشركة كما يظهر
وأظهر المنع نعم قد يمنع شمول الصحيح ونحوه لغير المقسومة مع اصالة عدم
ثبوت الشفعة فيه ايضا بل لعل قول السائل دار فيها دور ظاهر في
اتفق مال الدور كما في الصحيح الآخر ونحوه بل لعل الآتي في الرضوي والمروي
عنه (ع) فيهما مما يرشد الى اتحاد المراد فيهما وان اختلفت عبارتهما في
الجملة لا اقل من احتمال ذلك احتمالا مساويا وبالغيبة فلا يخرج به عن اصالة
عدم الشفعة ومعلوم القطع بعدم الفرق بين الصورتين وان
المناط في ثبوتها انما هو مجرد الاشتراك في الطريق وذلك مشترك
بينهما فتثبت الشفعة فيهما معا ايضا ممنوع على مدعيها اذ قد يكون لسبق
الشركة مدخل في ثبوتها والقطع بعدمه من غير محله فتدبر جيدا والله اعلم
تنبيه ظاهر النصوص وكثير من عبارات القدماء حتى معقد اجماع
الخلاف كما قيل عدم ثبوت الشفعة في غير صورة الاشتراك في الطريق
لعدم تعرضهم لغيره ولكن قد قيل بان الاجماع معلوم على الحاق
الشرب والنهر اذا قيد به هو بان المناط منقح اذ لا فرق في ذلك
بين الدار والبستان ونحوهما عندهم بل ولا بين الطريق والنهر ونحوهما
كما قيدهما بان النص ونحوه مثال لذلك ايضا ومن اجماع الغنية كما قيل لم يثبت

السيد جواد في مفتاح الكرامة

٢ فلم يثبت

في اشتراط قابلية القسمة في الطريق وعدمه

٢ الخلاف فيه اصلا ولا مجال للتمسك بالاصل وباجماع الغنية ولكن انّى
لهم ذلك كما هو ظاهر فلاحظ وتدبر والله اعلم تنبيه آخر مقتضى
اطلاق الصحيح المتقدم عدم اعتبار امكان قسمة الطريق في ثبوت الشفعة
فيها كما نص عليه بعضهم بل مقتضى اطلاق الفتوى ومعقد الاجماع
كما قيل ولكن عن بعضهم اشتراط ذلك لما دل على اشتراط في مورد
الشفعة ان ما يحتمل ذلك كما قيل وعليه فمنعه ظاهر خصوصا مع كون
متعلقها هنا قابلا للقسمة وان لم يكن الطريق بنفسه قابلا لها فانه
من التوابع التي لم يثبت اعتبار ذلك فيها ايضا وكونه سببا لثبوت
الشفعة في الارض المقسومة عرفا حتى يشترط ذلك فيه ايضا كما هو
واضح ودعوى ان المتيقن في الخروج عن الاصول انما هو قابلية
الطريق للقسمة يدفعها ان اطلاق النص ونحوه كاف في الخروج
به عن الاصل فلاحظ وتامل والله اعلم وظاهر النص ونحوه ان
للشريك ان يشفع في مجموع المبيع فليس له ان يشفع في خصوص الارض
او في خصوص الطريق مطلقا او مع كونه قابلا للقسمة فقط لاصالة
عدم شرعية التبعيض في المبيع المشفوع فيه واقتصارا على المتيقن
نصا وفتوى ان لم يكونا ظاهرين في ذلك فان المنساق منهما ان
بيع هذا المجموع كبيعه قبل القسمة الذي هو سبب في ثبوت الشفعة
فيه في المجموع فقط ولكن عن التذكرة ان الاقرب عندي ان الطريق
ان كان مما يمكن قسمته والشريك واحد وبيع مع الدار المختصة بالبائع
صفقة فللشريك الآخر اخذ الطريق خاصة ان شاء وان شاء
اخذ الجميع وان لم يمكن قسمته لم يكن له اخذه خاصة بل اما ان يأخذ

الجميع

الجميع او يترك بمعنى ان المتيقن انما هو التخيير المذكور في الاول لاصالة
عدم شرعية غيره ولا ان يثبت للشريك شفعة واحدة في مجموع
المبيع فله اخذ الجميع او تركه كما هو ظاهر المشهور او الجميع ويتصور ان له
شفعتين شفعة في الجميع وشفعة في الطريق فله الاخذ باحديهما
دون الاخرى كما لا يثبت عليه ان لم يكن على عدمها لنفي الضرر
الحاصل بالتبعيض على البائع ولاصالة عدم شرعيتها على هذا الوجه مع عدم
المخرج عنها كما هو واضح فتدبر جيدا والله اعلم وظاهر النص وغيره
اعتبار وحدة الشريك في مورد الشفعة وهو ظاهر الفتوى وغيره هنا
ايضا ولكن ظاهر النصوص الواردة هنا عدم اعتبار ذلك كما احتمله بعض
من تأخر لانها خاصة فتقدم على العمومات وقد يقال بانها قاصرة
عن تخصيص بعد اعتضاد دعاها باطلاق الاصحاب وعدم استثنائهم
لموردها من العمومات ونحو فقد تحمل هذه على التقية من هذه الجهة او
على المين وان كان بعيدا او على كون الشفعة هنا لمجموع الباقين
فهم بمنزلة شريك واحد لا ان لكل واحد منهم كي يكون من تعدد
الشركاء ومثل ذلك قد يأتي في بقية الموارد ايضا اللهم الا ان يتم اجماع
على عدمه كما سيجي في محله انشاء الله تعالى وبالله ٢ والله ٢ واما الثاني
فلا شفعة فيه بلا خلاف كما اعترف به بعضهم للاصل وظاهر النصوص المذكورة
ولكن ما عن القديمين ظاهر في المخالفة فيه ايضا فلاحظ وتامل والله اعلم
واما نحو النهر في نفس الطريق ونحوه مع بيعه وحده فالاقرب ثبوتها
فيه مطلقا او مع اعتبار امكان قسمته كما في الطريق وغيره ووجهه ظاهر مما
مر فلاحظ وتدبر والله اعلم ولو قسمت الدار خلا وبقي لها طريق

النصوص الواردة في
الشفعة مخالفة للقواعد
للنصوص العامة
في المسئلة

مشترك مثلا فالمشهور او المجمع عليه كما يستفاد من كثير من العبارات
انه لا شفعة في بيع الحصة المقسومة لصاحب الحصة الاخرى للاصل
والنصوص المستفيضة او المتواترة الحاصرة للشفعة في البيع قبل
القسمة وانه لا تكون الا لشريك وانه اذا وقعت السهام
وحدت الحدود فلا شفعة ونحو ذلك وحكي عن الحسن ره
ان الشفعة في الاموال المشاعة والمقسومة جميعا ولا شفعة
للجار مع انه لم يظهر استناده الى عمومات الشفعة والى صحيح
منصور بن حازم وموثقة الساباطي الآتيين العمل ممنوع
والخبران نقول بموجبهما لثبوت الشفعة بعد القسمة مع الشركة
في الطريق كما في المختلف او لعدم دلالتهما على الشفعة في غير الطريق
كما قيل والامر سهل بعد مخالفته للاجماع كما في الانتصار وغيره
فلاحظ وتامل والله اعلم ولو قسمت الارض وكان بينهما طريق وباع
احد الشريكين بعض حصته ولو مع جميع حصته من الطريق ففي ثبوت
الشفعة في البعض المزبور وجهان من الاصل ومن فحوى النصوص الآتية
كما قيل وعليه منع ظاهر وكذا الوجهان فيما لو كان بينهما حائط مشترك
بينهما او رأس حائط او اساس حائط او خشب مشترك بينهما او بئر او
بالوعة او خلوة او نحو ذلك من المرافق والامور المشتركة بينهما فباع
حصته من الارض المقسومة مع حصته من ذلك المشترك والاقوى انه
ليس للشريك في البئر ونحوه من امثال ذلك ان يشفع في تلك الارض للاصل
مع عدم شمول النصوص الآتية لذلك مع عدم القطع بعدم الفرق
بين الطريق وهذه المشتركات كما هو واضح وله ان يشفع في حصة المشترك
مطلقا او مع قابليته للقسمة على القولين الآتيين فلاحظ وتامل والله اعلم

قال

قال رحمه الله **ولو باع عرصة مقسومة وشقصا من اخرى
صفقة فالشفعة في الشقص خاصة بحصته من الثمن**
اقول قد صرح بذلك كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف بل ربما نفي الخلاف
والاشكال فيه بل حكي الاجماع عليه الفاضل وكثير منهم صريحا او ظاهرا
وهو الحجة مضافا الى الاصل والعمومات النافية للشفعة في المقسوم
والى اطلاق ادلة ثبوتها في المشتركة وضم احديهما الى الاخرى في عقد
واحد غير قاض بثبوت حكم احديهما للاخرى بل يعطى كل واحدة منهما حكمها
الثابت لها شرعا واجراء حكم شقص الطريق على الشقص المزبور قياس
مع وضوح الفارق بينهما بل وكذا الحكم فيما لو باع العرصة المزبورة مع بعض
معالمها وتوابعها المشتركة كبئرها ونحوه مما يجري فيها مثلا وقياس ذلك
على بيعها مع طريقها كما عن بعض العامة في غير محله والرشد في تحقيقه في
نظائره فتامل جيدا والله اعلم ولو اخذ الشريك الشقص بالشفعة
ففي تسلط المشتري على فسخ العقد بالنسبة الى ما لا شفعة فيه وجهان
من اصالة اللزوم واقدامه على ذلك ومن الضرر اللازم من تبعيض الصفقة
عليه كما قيل الا انه يتم مع الجهل بالحال لا مع علمه به فيتجه التفصيل بين
العالم بالحال فلا خيار له وبين الجاهل به فله الخيار كما عن بعضهم ولكن في
من قبعة مع الجهل بالموضوع لا مع الجهل بالحكم لعدم معذوريته وتمام
البحث يأتي عند التعرض له ان شاء الله تعالى وبالنسبة والله العالم قال رحمه الله
**ويشترط انتقال الشقص بالبيع فلو جعله صداقا
او صدقة او هبة او صلحا فلا شفعة** اقول قد صرح به
كثير منهم بل في المسالك انه هو المشهور بين الاصحاب بل كاد ان يكون اجماعا

بل عن جماعة دعوى الاجماع عليه كما عن السرائر وغيرها اقتصاراً على المتيقن
في الخروج عن الاصول والاقتصار النصوص على ذكر البيع وعدم اشعارها
الا بثبوتها بغيره على كثرتها بل في خبر الغنوي والمرسل ونحوهما ما يستفاد
منه الحصر بالبيع كما قيل مع صحيح ابا بصير عن ابي عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج
امرأة على بيت في دار وله في تلك الدار شركاء فقال عليه السلام جائز له
ولها ولا شفعة لاحد من الشركاء عليها بناء ان نفيها من حيث كونه
صداقاً لا من حيث تعدد الشركاء كما قيل ولا من حيث كون البيت
معيناً لا مشاعاً كي لا تجري فيه الشفعة والشركاء اتماهم في غيره ولو
مجازاً بان يكون لكل واحد منهم بيت معين ممتاز عن غيره من
البيت او على ان البيت الذي جعله صداقاً وباقي الدار له فيها
شركاء ولعله اظهر الاحتمالات ومع ما عن المبسوط من ان اجماع
الفرقة واخبارهم على عدم الشفعة في الصداق وما حكي عن الكاتب
انه اذا زال ملك الشريك عنه ولو بهبة منه بعوض شرط تعويضه
اياه او بغير عوض كانت للشفيع شفعة فيه فان حبس ملكه
او سكنه لم يكن للشفيع شفعة محتجاً على ذلك بان الحكمة الباعثة
لايجاب الشفعة في صورة البيع موجودة في غيرها من العقود الناقلة
ولا اعتبار بخصوصية العقد ففي ذلك نظر لان الشرع فاما ان
يثبت الحكم في الجميع او ينفيه عن الجميع فاثباته في البعض دون البعض
ترجيح من غير مرجح وفيه ان الحكمة لا يجوز التعليل بها لعدم
انضباطها فلا بد من ضابط ولما رأينا ما صح بثبوت الشفعة
موجوداً فيه مطلق البيع جعلناه ضابطاً للمناسبة والاقتران

على

على ان الحصر عندنا باطل وفي الكل كما عن غيره انه لو الحق بعقود
المعاوضات كما يقوله العامة كان اقعد لان اخذ الشفيع
للمعاوضة بغير عوض بعيد وبه خارج عن مقتضى العقد ويدل على
عدم ثبوت الشفعة في غير عقود المعاوضات المحضة صحيح ابي بصير
السابق وقد تؤيد عليها بان التفصيل المزبور مخالف لما اتفق
عليه الصحابة حتى ابي الجنيد ايضا كما قيل وقد يكتفى بعدم ثبوت الاجماع
المركب على الوجه المعتبر عندنا فلاحظ وتدبر والله اعلم قال رحمه الله ولو
كانت الدار وقفا وبعضها طلقا فبيع الطلق
لم يكن للموقوف عليه شفعة ولو كان واحدا لانه
ليس مالكا للرقبة على الخصوص وقال المرتضى
تثبت الشفعة اقول قال ثاني الشهيدين في المسالك ان
بيع الطلق ففي ثبوت الشفعة للموقوف عليه او لولي الوقف
من ناظر او حاكم او .. النشأ على ان ملك الموقوف هل ينتقل الى
الموقوف عليه مطلقا او مع اتحاده او لا ينتقل البتة وعلى الاخير
فلا شفعة اصلا لانها مشروطة بكون الشفيع شريكا ولا تتحقق
الشركة الا بالملك وعلى الاول ففي ثبوت الشفعة وجهان او قولان
من الاصل وكونه ملكا ناقصا ولهذا لا ينفذ تصرفه فيه فلا يتسلط
على الاخذ بالشفعة وهذه الشيخ في المبسوط نافيا للخلاف فيه وتبعه
المتأخرون واكثر منهم للنقص المزبور الموجب لعدم انصراف الاطلاق

النصوص الشارعة للشفعة اليه فلا مخرج عن الاصول وصار السيد ره الى
ثبوتها مطلقا على المحكي بل في الانتصار الاجماع على ذلك لاطلاق النصوص
الشارعة للشفعة فيه لاصالة دفع الضرر عن الموقوف عليه بل لعله
اولى من الشريك بذلك كما قيل وعن ابي ادريس ره مع نسبة الاول
الى الاكثر اختيار ثبوتها مع وحدة الموقوف عليه متى البيع بل نسبه كثير
منهم الى المتاخرين اما غير ذلك مما فيها وفي غيرها مما لا يخلو من نظر او منع
بل لا يبعد عدم ثبوتها على جميع الاقوال للاصل ولان ملكية الواحد على
تقدير تسليمها محدودة لا مطلقة والمنساق من نصوص الشفعة انما هو
اخذ الشريك المالك لحصته ملكية مطلقة بل قد يقال بعدم كون الملكية
المحدودة من افراد الملك حقيقة وان اطلق عليه الملك عند القائل به
فمحل ومن ذلك يتعين ما فيها ايضا من انه لو بيع الوقف حيث يصح
بيعه فلا اشكال في ثبوت الشفعة للشريك لان المقتضي لها موجود
والمانع فيه مفقود لامكان منع وجود المقتضي بعد الشك في شمول ادلتها
لنحو ذلك مع ان له شريكا في نحو ذلك نعم لو قيل ببطلان الوقف وصيرورة
الموقوف ملكا طلقا ثم يباع بعد ذلك ثبتت فيه الشفعة قطعا
لتمامية الملكية كما هو المفروض وانه راجع في اطلاق النصوص الواردة
فيها ولعل اطلاق الب... منزل على ذلك والا فلا يخلو من نظر
كما اعترف به بعض من تاخر فلاحظ وتدبر والله اعلم قال ره الثاني
في الشفيع وهو كل شريك بحصته مشاعة قادر
على الثمن ويشترط فيه الاسلام اذا كان المشتري
مسلما فلا تثبت الشفعة بالجوار ولا فيما قسم

ميز

ميز الا مع الشركة في طريق او نهر اقول اما التعريف
المزبور فانما يتم على المشهور المؤيد المنصور واما على غيره فلا يعتبر فيه
القدرة على الثمن فيما لو كان الانتقال عن الشريك بالهبة بناء على انه
يشفع بالحصة الموهوبة مجانا بغير عوض بل وبناء على انه يشفع فيه بمثله
او بقيمته لعدم تسمية ذلك ثمنا عرفا فانه من خواص البيع عرفا الا ان
يراد به مطلق العوض والامر سهل وكذا لا تعتبر الشركة بناء على
ثبوتها بالجوار ونحوه ولعل الاولى تعريفه بانه هو الذي ياخذ من
المشتري على وجه مخصوص عند الشارع فيندرج فيه اشتراط قدرته
واشتراط كونه مسلما مع كون المشتري مسلما ولا وجه لافراده واخراجه
عن حقيقته كما في المتن ونحوه وفيه ما لا يخفى ... مع ظهور اجماعنا
عليه وموافقة الاصول ومع عموم قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على
المؤمنين سبيلا وقوله ص الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ونحو ذلك
كما قيل وقول الصادق ع ليس لليهود ولا للنصارى شفعة الذي لا بد من تقييده
بما اذا كان المشتري مسلما واما لو كان المشتري كافرا فلهم الشفعة عملا باطلاق
ادلتها نصا وفتوى واجماعا كما ان اطلاقها شامل لجميع فرق المسلمين حتى المحكوم
بكفرهم كالنواصب ونحوهم مع احتمال العدم ايضا للاصل فلا تغفل وتامل والله العالم
واما عدم ثبوتها بالجوار او بعد القسمة فهو المعروف من مذهب الاصحاب بل لعله
نفي الخلاف فيه بل حكى كثير منهم الاجماع عليه صريحا او ظاهرا في خصوص الاول
او فيهما معا ولعله لشذوذ المخالف وندرته او لتاويل عبارته كما عن الحي...
من انه يثبت فيما قسم مطلقا لامكان حمله على صورة الاشتراك في الطريق
ونحوه وفي المسالك انه ينبه المصرح بذلك على خلاف ما حكي له حيث

على الثمن فعلا
او قوة محلا
او قيمة ح

مخالفة

ابتهى في المقنعة مطلقا وعلى بعض العامة حيث اثبتها بالجوار مطلقا
وربما نسب اليها حكاية الحسن فيه ايضا فلا تغفل وقد يستدل عليه
بقوله ع الجار احق بالشفعة مع نفي العزم والقرار كما قيل وضعفه
ظاهر من وجوه لا تخفى على ذوي البصائر فتدبر جيدا والله اعلم قال ره

و تثبت بين شريكين و هل تثبت بما زاد عن
شفيع واحد فيه اقوال احدها نعم تثبت
مطلقا على عدد الرؤس والثاني تثبت في الارض
مع الكثرة ولا تثبت في العبد الا لواحد والثالث
لا تثبت في شيء مع الزيادة عن الواحد وهو
اظهر

اقول اما الاول فلا خلاف فيه نصا وفتوى واجماعا
بل ضرورة من المذهب او الدين واما الخلاف في الثاني فعن الشيخين
والسيد والاتباع المنع منها مطلقا بل نسب الى الاكثر بل الى المشهور
شهرة عظيمة كادت ان تكون اجماعا بل عن ابن ادريس دعوى
الاجماع عليه ولكن عن الكاتب ثبوتها مع الكثرة مطلقا وقواه
الفاضل في التحرير بعد اختياره المشهور منكرا لدعوى الاجماع المزبور
وعن الصدوق في الفقيه ثبوتها مع الكثرة في غير الحيوان مع
موافقته في المقنع للمشهور ناسبا القول الاول الى الرواية وعن
الكاتب ايضا ثبوتها مع الكثرة في العقار وانما يقتصر على الاثنين
في العبد او في الحيوان خاصة وعن المرتضى ايضا موافقة المشهور
وكذا عن الفقه الرضوي وحكي عن سلار وابن القلاح وابني حمزة
وزهرة والبراج وسعيد والراوندي والطبرسي والكيدري الفاضل

في ثبوت الشفعة فيما زاد عن شريك واحد اقوال

في القول بعدم الثبوت

ووالده

و والده وولده والشهيد والثاني وكثير منهم بل عن الانتصار
والخلاف والمبسوط والغنية والتنقيح وغيرها الاجماع عليه ايضا صريحا او
ظاهرا ولعله هو الحجة مضافا الى الاصول وانتفاء الضرر اللازم من جهة
في ثبوتها مع الكثرة كما قيل والى ما في الخبر جعل الله تعالى الرشد في خلافهم
وفيه والى النصوص الواردة عنهم ع كمرسل يونس عن الصادق ع ونصوص
المملوك والحيوان بضميمة عدم القول بالفصل بينهما وبين غيرهما ان
ثبت وصحيح عبد الله بن سنان عن الصادق ع انه قال لا تكون الشفعة
الا لشريكين ما لم يتقاسما فاذا صاروا ثلثة فليس لواحد منهم شفعة
الى غير ذلك مما هو صحيح في نفسه او منجبر بغيره واما خبر طلحة والسكوني
عن الصادق عن ابيه عن آبائه ع عن امير المؤمنين ع انه قال الشفعة
على عدد الرجال فهما قاصران عن المعارضة لها من وجوه شتى فلا بأس
بطرحهما او تاويلهما ولو بالبعيد وفي المقنع انه اذا كان الشيء بين
شريكين فباع احدهما فالشريك احق به من الغريب وان كان الشركاء
اكثر من اثنين فلا شفعة لواحد منهم وروي ان الشفعة على عدد
الرجال وبعد ان ثبت بطلانه مع الكثرة من اثنين وجه قاصر ايضا كذلك الخ
وفي التحرير وغيره الاحتجاج على الجواز مطلقا باخبار منقولة اتفقت ولعله بضميمة
الاولوية كما قيل او بضميمة عدم القول بالفصل بين موارده وغيره
الا لم يقل احد بحصر الكثرة على موردها خاصة وان مال اليه بعض من تأخر
لعدم ثبوت اجماع مركب معتبر على عدمه واولى بالمنع الاستدلال له بخبر
عقبة بن خالد المتقدم وبالمرسل انه اذا سمح بعض الشركاء بحقوقهم
من الشفعة فمن لم يسمح بحقه فله قدر حقه ونحو ذلك فلاحظ وتدبر والله اعلم

في الاحتجاج للاقل بالثبوت

٢ عن الخبرين ٢ عن الاصل ... فنطلا ح

٢ او عن الرواة ح

وأما القول بالتفصيل الذي اسنده المصنف فلم نعرف قائلا به ولا ثبت عليه
الآن يراد به قول الكاتب على بعض الحكايات عنه او يراد به قول
الصدوق رح فقد يستدل عليه بالجمع بين خبري السكوني وطلحة و
نحوهما وبين خبر البزنطي عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله ع عن
مملوك بين شركاء اراد احدهم بيع نصيبه قال ع يبيعه قلت
فانهما كانا اثنين فاراد احدهما بيع نصيبه فلما اقدم على البيع قال له
شريكه اعطني فقال ع هو احق به ثم قال ع لا شفعة في حيوان الا
ان يكون الشريك فيه واحدا بناء على ارادة خصوص العبد من الحيوان
فيوافق قول الكاتب او بقائه على اطلاقه فيوافق قول الصدوق
ولا يخلو من قوة لولا اعراض الاصحاب عن تلك العمومات مع
تسليم اعتبارها في انفسها وقد حملها الشيخ ره وغيره على التقية او
على ارادة العرض على الشركاء او على ارادة نفي كونها على عدد سهام
وان كان الشركاء اثنين مختلفي السهام لا ارادة اثباتها للجميع
الفعال مع زيادة الشركاء على اثنين الى غير ذلك مما لا باس به لو لم
يكن عن طرحها الذي هو الاولى من ذلك كله بل لعله من تضييع العمر
فلاحظ وتدبر والله اعلم واما ما في المسالك من ان صحيح ابن سنان لا دلالة
فيه حيث انه اثبت الشفعة للشريكين باللام المفيدة للاستحقاق
او ما في معناه والمطلوب لا يتم الا اذا اريد بثبوتها بين الشريكين
لا لهما ولا ينافيه قوله ولا يثبت لثلثة اذ لا قائل بالفرق بين الاثنين
والثلثة ولجواز ارادة عدم استحقاق كل واحد من الثلثة بخصوصه وحده
الا فيما لو كان خلاف الظاهر الا ان فيه طريقا آخر للجمع بين النصوص
مع ان رواية منصور اوضح طريقا ويؤيده برواية ابن سنان الاخرى

وفيه

رح فيكون دليلا على الجواز مطلقا ايضا فلا يخفى ما فيه من التكلف والتعسف
والعدول عن المخاطبات العرفية حتى في كثير منها من غرائب الكلام وبالله
الاعتصام وباوليائه الكرام ع والله اعلم وفي الانتصار فان قيل
بانكم ادعيتم اجماع الامامية وابن الجنيد يخالف في هذه المسئلة
ويوجب الشفعة مع زيادة الشركاء عن الاثنين وابن بابويه
يوجب الشفعة فيما زاد على اثنين وانما يعتبر الاثنين في الحيوان
خاصة قلنا بان اجماع الامامية قد تقدم هذين الرجلين فلا اعتبار
بخلافهما عندنا لكونهما معلومي النسب وفي الدروس وقول ابن
الجنيد بثبوتها مع الكثرة نادر وكذا قول الصدوق بثبوتها في غير
الحيوان مع الكثرة وفي الحيوان مع الشريك الواحد وفي الكفاية بعد ذكر
المشهور وقول الفقيه انه نقل المحقق قولا بثبوت الشفعة مع الكثرة
في غير العبد وتأمل فيه فلا تثبت الا مع الاثنين وهو الوجه في العبد لصحيح
الحلبي وغيره واما في غيره فالاشكال لتعارض النصوص وقد يورد عليه
بمنع حكاية المحقق لهذا وبان الترجيح لادلة المشهور من وجوه كثيرة
على غيرها فلا جهة للتوقف فيه مع انه لو لم ترجح على غيرها فبعد التساوي من
كل وجه فالمرجع انما هو التخيير او اصالة عدم شرعية الشفعة مع الكثرة
كما ذكره المشهور فتأمل جيدا والله اعلم تنبيهات الاول لو قلنا بثبوت
الشفعة مع الكثرة مطلقا او في الجملة ففي كونها على عدد الرؤس او على
عدد السهام من الشركة قولان فخيرة الصدوق وغيره الاول عملا بخبري
السكوني وطلحة وبان من حصته قليلة لو كان منفردا لاخذ المال باجمعه

فيما اذا كان الشفعاء كثيرين
هل هي على عدد الرؤس او السهام

كصاحب الكفاية فيثبت وبان في الاستحقاق اذ المقتضي هو مطلق الشركة
كما قيل وظاهر الكفاية التحديد وانه لو حكم بها على عدد الشفعاء
جاز ذلك وعن الفاضل انه فرض بها ما ذهب اليه ان الشركاء
اذا زادوا على اثنين كانت الشفعة بينهم بالحصص وقد يستدل
للكاتب بان المقتضي للشفعة انما هو الشركة والمعلول تتزايد بتزايد
علته وينتقص بنقصها اذا كانت قابلة للشدة والضعف كما قيل
وقال الكاتب ايضا تاكدت شركته من جهتين احق بالشفعة ممن كانت
شركته من جهة واحدة وقال ايضا اذا سلم جميع بعض الشركاء حقوقهم
من الشفعة كان لمن لم يسلم منهم بحصته على قدر حقه منها ولا يلزمه اخذ
جميعها الا ان يجب سلك ذلك ونقل الشيخ انه ليس له ذلك بل اما ان يترك
الجميع او ياخذ الجميع ولعله لنفي الضرر بالتبعيض والامر سهل والله اعلم
الثاني لو باع احد الشريكين حصته من اثنين دفعة او تدريجا ثم علم
الشريك بذلك فله الشفعة كما نص عليه بعضهم بل لعله المشهور لاطلاق
ادلتها مع عدم ثبوت مانعية الكثرة اللاحقة للبيع وقياسها على الكثرة
السابقة على البيع باطل عندنا وقد يقال بان له الشفعة في البيع الاول
لاتحاد الشريك حينئذ دون البيع الثاني لتعدد الشركاء حينئذ مع اصالة
العدم والاكتفاء في الدفعة بنفي ثبوت الشفعة للشريك في احد الحصتين للاشكال
بل له ان يشفع فيهما او يترك فيهما للاصل ونفي الضرر فلاحظ وتدبر والله اعلم
الثالث لو باع احد الشريكين بعض حصته من ثالث ففي ثبوت الشفعة للشريك
فيما باعه وجهان او قولان من اطلاق ادلتها او فحواها فان ثبوت الشفعة
له مع بيع جميع حصته يقتضي ثبوتها له مع بيع بعضها بطريق اولى كما قيل ومن

٢ بعض

[illegible]

الاصل

الاصل والشك في شمول الاطلاقات لذلك بل لعله منصرف الى بيع
الجميع فقط مع منع الاولوية المذكورة اذ لعل بيع البعض علة الشريك مع
قاض بعدم ثبوت الشفعة له فتدبر جيدا والله اعلم الرابع لو قلنا بثبوت الشفعة
للشريك ففي ثبوتها للبائع ايضا فيما باعه فيسترده من المشتري وجهان
من الاصل وعدم شمول الادلة له بل لعلها ظاهرة في غيره ومن انه شريك
له فعلا كالشريك الاخر فهما سواء في الشفعة كما قيل والامر سهل
والله اعلم الخامس لو قلنا بان للشريك ان يشفع في البعض المبيع فهل
له ان يشفع في جميع حصة البائع فيسترجع ما في يد المشتري وما بقي عند
البائع وجهان من الاصل ومن نفي الضرر من التبعيض كما قيل والامر سهل
والله اعلم السادس قال الشهيد في الدروس انه لو باع احد الشريكين
بعض نصيبه من رجل ثم باع الباقي من اخر فعلى المشهور للشريك الاخذ منهما
او تركه وعلى الكثرة له اخذ نصيب الاول والثاني وفي مشاركة الاول له
وجوه المنع مطلقا لانه كان شريكا عند العقد وعدمها كذلك لان
ملكه مستحق للشفعة والتفصيل بانه ان عفى عنه شاركه لاستقرار ملكه
ويشكل بان قراره انما حصل بعد استحقاق الشريك للشفعة فلا يكون
مقاوما للقار اولا ويضعف بان حقيقة الملك سابقة وفي كل
الفاضل في القواعد ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لاخر
ثم علم الشفيع فله اخذ الاول والثاني واحدهما فان اخذ الاول
لم يشاركه الثاني وان اخذ الثاني احتمل مشاركة الاول وعدمه على ما قررناه
من سقوط الشفعة بالكثرة للشفيع اخذ الجميع او تركه حذرا من التبعيض
كما قيل وعليه منع ظاهر لتعدد السبب الموجب لتعدد الشفعة والمنع من
التبعيض مع تسليمه انما هو مع اتحاد البيع فليس له ان يشفع في بعض

من البيع دون بعض لما فيه من الضرر ومخالفة الاصل فليلاحظ وتامل والله اعلم

قال ره وتبطل الشفعة بعجز الشفيع عن الثمن وبا
المماطلة وكذا لو هرب اقول لا نعرف خلافا في الاول كما
اعترف به كثير منهم بل ظاهرهم الاتفاق عليه حيث اخذوا القدرة
في تعريف الشفيع كما قيل وكانه للاصل بعد عدم شمول الاطلاقات
للعاجز عنه كما قيل ولنفي الضرر عن المشتري ولخبر علي بن مهزيار
عن ابي جعفر الثاني ع عن رجل طلب شفعة ارض قد [redacted]
فذهب على ان يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الارض اذا
اراد بيعها ابيعها او ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة فقال ع
ان كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة ايام فان اتاه بالمال والا
فليبع وبطلت شفعته في الارض وان طلب الاجل الى ان يحمل المال
من بلد الى آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل الى تلك البلدة و
ينصرف وزيادة ثلاثة ايام اذا قدم فان وافاه والا فلا شفعة له
بناء على ظهوره في الشفعة قبل البيع لان المراد بصاحب الارض هو الشريك
الاصلي الذي يصح البائع الآن الا صاحب فاسوا حال المشتري عليه لكن
قد يمنع بدلالته على المطلب بنفسه لان المتبادر من طلب الشفعة انما هو
طلبها والاخذ بها بعد البيع بل هو الظاهر من قوله ع بطلت شفعته
حينئذ فيكون المراد بصاحب الارض انما هو المشتري الذي صح مالكها بالشراء
ولكن لما تعلق بها حق الشفعة واخذها الشفيع فقد يحتمل منعه
من البيع لعدم ملكه لها فاحتاج الراوي الى السؤال عن بيع الارض اذا
اراده فاجابه ع عن ذلك بالوجه المذكور بل لو قيل بارادة المعنى
الحقيقي من الطلب منه لا الاخذ بها كان المراد انه اراد الشفعة ومعنى

بمجرد

بمجرد النهي لم يحصل له استحقاق الاخذ بها او التملك بها وح فيكون دالا
على المطلوب ايضا او يكون دلالته عليه من باب تنقيح المناط القطعي لا القياس
الظني كما قيل ويكون السؤال عن بيعها مع انها ملكه بالفعل انما هو من جهة عدم
طلقية الملك لتعلق حق الغير بها فاجابه ع عن ذلك بالجواب المذكور
ولعل هذا اظهر والامر سهل والله اعلم ويتحقق العجز مع عدم العلم به ولو
شرعا باعترافه كما ذكره كثير منهم اخذا له باقراره الى ان علم عليه شرعا وفي
تحققه باعساره وجهان وفي المسالك ان اجودهما العدم لامكان تحصيله
بقرض ونحوه فلينتظر به ثلاثة ايام كما هو عجز لان ظاهر النص ان
التحديد المزبور لجميع الاعذار ولو من جهة عدم حصول الثمن عنده وامكان
تحصيله بقرض ونحوه كما هو غير بعيد فتامل جيدا والله العالم واما بطلانها
بالمماطلة فقد نفي عليه كثير منهم من غير خلاف فيه بعد الاصل كما قيل ولنفي
الضرر عن المشتري ولعله نها الموجب لمقابلته بتنقيض مراده فيكون
ذلك عقوبة له دنيوية ولخبر ابن مهزيار الآتي بناء على شموله للمماطل
كما ذكره وح فيعتبر انتظاره ثلاثة ايام كما احتمله كثير منهم تفضلا منه
الى ان يعيه عليه وان لم يكن اهلا لذلك ولكن قد يدعى عدم اشتراطه بعده وانه
يسقط حقه بمجرد صدق المماطلة عرفا كما هو ظاهر اطلاقهم وكان ذلك
من شواهد عدم شمول النص لذلك عندهم والا فلا مقتضي للعدول عنه
وعدم العمل به كما هو واضح اللهم الا ان يقال بان صدق المماطلة عرفا
لا يتحقق قبل مضي ثلاثة ايام او لا يكاد يعلم على التحقيق على وجه يحسم مادة
النزاع بين الناس ولما كان الامر كذلك نصب الشارع حدا وميزانا لذلك
فحدده بثلاثة ايام حسما لمادة النزاع ودفعا للاعراض المتوهمة ذلك

محل منع خصوصا مع اجالة تعلق الحق وسقطى به الى ان يعلم زواله ولا
يعلم ذلك الا بعد مضي ثلثة ايام لظهور اجماعهم على ذلك والعلم بزواله
بعدها في العاجز والمعسر بعد تسليم عدم شمول النص للمهمل والا
فلا حاجة الى العلم المزبورة كما هو واضح فتدبر جيدا والله اعلم واما
بطلانها بالهرب فلا مفر فيه خلاف كما هو ظاهر ارباب هم له ارسال
المسلمات وقد ذكر الثانيان وكثير منهم بانه ان كان قبل الاخذ بالشفعة
فلا شفعة له وان كان بعده فللمشتري الفسخ ولا يتوقف على الحاكم كما حكي
عن الفاضل والثاني وغيرهم لنفي الضرر والضرار ولانه افحش من المماطلة
ان لم يكن من افرادها ولان الاخذ لما كان مبنيا على القهر لم يلزم المشتري
حكمه بخلاف ما اذا هرب المشتري عن اداء ثمن المبيع كما قيل وظاهر المتن وخ ص
وغيره انه لا يتوقف الفسخ بعد الاخذ على مضي ثلثة ايام وللاصل ولكن
الاحوط مراعاتها لامكان ندمه ورجوعه قبل مضيها او قبل حصول
الضرر لاحالة البقاء ويشعر به على نحو ما مر فلاحظ وتدبر والله اعلم
وربما يقال بعدم جواز الفسخ بمجرد الهرب بل يعتبر ان يتضرر المشتري
بتاخير قبض الثمن من الشفيع فيكون هو المسوغ للفسخ لا مجرد الهرب
الا انه غير منضبط واحالته الى العرف احالة على المجهول ومخالفة
لظاهر الاصحاب لتعليقهم بطلان الشفعة على الهرب الصادق على
مجرد ذلك بواضح انتفاء عن المشتري وغيره ودعوى ان اطلاقهم
مقيد بالثلثة او بعدم حصول الضرر عرفا مما لا شاهد عليها ان لم يكن
على عدمها ودعوى الاجماع عليها عهدتها على مدعيها فتدبر جيدا والله اعلم

قال ره ولو ادعى غيبة الثمن اجل ثلثة ايام ما لم يتضرر المشتري

قال

فان لم يحضره بطلت شفعته فان ذكر ان المال في
بلد آخر اجل بمقدار وصوله اليه وزيادة
ثلثة ايام ما لم يتضرر المشتري اقول قد صرح بذلك
كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف كما اعترف به بعضهم بل ظاهرهم انه من
المسلمات والاجماعيات كما هو ظاهر الكفاية وغيرها والنص السابق
صريح في التاجيل المزبور بل هو اوضح من عباراتهم لعدم اشتمالها على
مقدار العود الى بلده كما قيل الا انه متبادر منها عرفا ومن المعلوم
ارادتهم له فلا غبار على عباراتهم من هذه الجهة الا ان النص خال
عن تقييده بعدم الضرر على المشتري ولذا ناقش فيه بعضهم ولكن دليله
عام حاكم عليه وليس ذلك من باب التعارض بينه وبين اطلاق
هنا ص النص وغيره بالعموم من وجه كي يحتاج الى الترجيح بينهما مع انه لو سلم
ذلك فلا ريب في كون الرجحان هنا لدليل نفي الضرر بالشهرة وعدم
معروفية الخلاف واجماع الغنية وغير ذلك فلا ينبغي الاشكال في التقييد
المزبور من هذه الجهة نعم قد يشكل بان الضرر على المشتري قد يكون في
مدة الثلثة في البلد وفي مدة الذهاب الى غيره مع قربه اليه عادة ومع
العود اليه مع زيادة ثلثة ايام بعده في نفس البلد مع ان ظاهرهم
عدم تقييد الاطلاق المزبور بعدم الضرر كما لا يخفى على من راجع كلماتهم
واقتصارهم في التقييد به على البلاد البعيدة كالشام والعراق ونحوهما
وقد يدفع بان المدار على نفي الضرر النوعي لا الشخصي والاول هو
الموجب لسقوط حق الشفعة قبل الاخذ بها او للفسخ بعد الاخذ

او مطلقا [illegible] منه ره

بها دون الخ نادرا وهو الموجود فيه دون البلد القريبة منه بخلاف البلد البعيد
منه فان الموجود فيه انما هو العذر الاول حتى انه لو اتفق انه لا عذر على المشتري
في بعض الاحوال لبعض الخصوصيات لم يسقط خياره لوجود العذر النوعي
الذي هو المشرع للخيار والتسلط على الفسخ هذا وقد يدفع الاشكال ايضا
بان العمدة في حجية دليل العذر انما هو عمل الاصحاب به والمعروف عدم
عملهم به في الثلثة ونحوها فلا يعارض اطلاق النص كما في نظائره فتامل
جيدا والله اعلم تنبيهات الاول المرجع في الذهاب والعود ان
يكون على المتعارف بين الناس فلا يعتبر فيها شدة الجد في السير ولا البناء على
التواني على خلاف المعتاد بين الناس حملا لاطلاق النص والفتوى على
المتعارف مع ارفاق بالطرفين كما في نظائره واما الايام الثلثة فالمتحقق
منها بل الظاهر منها انها هي الايام الصحاح فلو وقع البيع او الحضور للاخذ المبيع
في اثناء اليوم لم يحسب البقية منه من الثلثة وكذا لو وقعت الشفعة في اثنائه
وقلنا بان الثلثة من حين الاخذ بها واشتغال ذمة الشفيع بالثمن
كما استظهر من النص والفتوى لكن ظاهر المشهور او الجميع كما قيل الاكتفاء
بالثلثة الملفقة عليها عرفا كما اعترف به الثانيان وغيرهما فتندرج في لصدق الثلثة صح
اطلاق النص والفتوى كما قيل والليالي تابعة للايام فلو اخذ من اول
الفجر كانت لياليه اثنتان ولو اخذ من اول الليل كانت ثلثا ولو اخذ في
اثناء النهار فكذلك كما في نظائره فتامل جيدا والله اعلم الثاني لو احتاج
في الذهاب والعود الى رفيق ونحوه اعتبر حصوله عنده عملا بالمعتاد
فلو لم يكن عنده ففي المسالك وغيرها انه لا يجب عليه تحصيله بحيرة عملا
بالاصل وحملا للاطلاق على المعتاد كذا قيل وفيهما معا نظر بل منع ان
اريد به بقاء حقه او لزوم ملكه الى ان يتفق حصوله عنده ولو بعد
مدة

مدة طويلة لمنافاته لظاهر النص ونحوه من النصوص فان المتبادر منها مجرد ٥ المتفاوت صح
مضي مقدار الذهاب والاياب وذلك مما لا دخل له في الرفيق ونحوه
قطعا كما هو واضح وان اريد به مجرد عدم الوجوب عليه وان سقط حقه
بالتاخير وتسلط المشتري على فسخ ملكه فلا باس به فلاحظ وتامل والله اعلم
الثالث لو ذهب الى البلد الذي فيه المال لزمه تحصيله فورا على المعتاد
ولا يتاخر فيه ثلثة ايام مع امكان تحصيله قبلها ولو توقف تحصيله فيه
على ما زاد على المعتاد كثلثة ايام فما عدا بطلت شفعته وتحديد المدة
بثلثة في البلد لا يلزم منه تحديدها بها في غير بلده مع اصالة عدمه فتامل
جيدا والله اعلم الرابع لو رضي المشتري ببقاء الثمن في ذمة الشفيع الى ان
ياتيه به من قبل نفسه او بعد مدة طويلة او الى ان يتمكن منه فلا فالظاهر
عدم سقوط شفعته بمضي الثلثة في البلد ولا بغيره من المسقطات لما
عن الفاضل والثانيين وغيرهم التصريح به وبانه ان مضت الثلثة قبل
اخذه فلا شفعة وان مضت بعد اخذه فللمشتري فسخ ملكه لا انه ينفسخ
ملكه بعدها لاصالة بقاء ملكه ولا تنافي الظاهر من النص والفتوى ان هذه
التحديدات انما هي لمراعاة حق المشتري ولنفي الضرر عليه بالتاخير فاذا رضي بذلك
فقد اسقط حقه وليس لاحد الاعتراض عليه واحتمال التعبد فيها كالمقطوع بعدمه
وما في النصوص من البطلان ونفي الشفعة انما يراد به نفي اللزوم بعد الثلثة
فيتسلط المشتري على فسخ ملكه على نحو ما ورد في خيار الثلثة من بطلان البيع مع اطباق
الاصحاب على بقاء الصحة ودعوى الخيار لا انه ينفسخ ملكه بعدها على كل حال وكفى في
الكفاية بعد حكاية التفصيل المزبور عن المسالك انه غير مذكور في الرواية وظاهره عدم
مصيره اليه لعدم الدليل عليه بعد خلو النص عنه مع اصالة عدمه كما قيل الا انه في غير محله

بعد معلومية العوض والمراد من النص لا انه تعبد محض مع احتمال ارادتها
بمجرد عدم استفادته منه وان كان مستفادا من دليل آخر الا انه خارج
عن الثمرة المعتد بها كما هو واضح وربما يقع بارادته لزوم الحكم بالبطلان
حقيقة بعد مضي الثلثة عملا بظاهر النص ونحوه من عباراتهم مع عدم
وجود الصارف عنه هنا وان وجد في البيع اذ لا تلازم بينه وبين المقام
الذي هو من قبيل الايقاعات ودعوى القطع بانها كالعقود بالنسبة الى ذلك
عهدتها على مدعيها اللهم الا ان يدعى شهرة عدم الفرق بينهما فيصرف
النص عن ظاهره ولا يمكن الخروج بمجرد اصالة بقاء ملك الشفيع
ويحمل على بطلان لزومه ونحوه على نحو ما ذكروه في البيع لاصالة البقاء
ولانه نفع الضرر على المشتري بذلك كما في نظائره وبقي اولى من حمله
على الانفساخ من حينه او على انكشاف فساده من اصله كما قد يتوهم
من بعض العبارات وعليه فلا يجدي بذل الثمن بعد مضي الثلثة فعلى
ولا رضى المشتري باخذ الثمن للاصل وظهور زوال محل الشفعة على ما هو المفروض
واما على الاول فهل يسقط خيار المشتري ببذل الشفيع للثمن بعد مضيها
وجهان من الاصل واطلاق النص ونحوه ومن زوال مقتضى الخيار
فيسقط كما قيل به على ما هو ظاهر الاول اظهر فلاحظ وتامل والله اعلم
ولعله بعد تخلية رفع الثمن في تمكن الشفيع للتقصي فلا مقتضي للفسخ
او الانفساخ بدونه كما هو واضح فتدبر جيدا والله اعلم قال ره وتثبت
للغائب والسفيه وكذا المجنون والصبي و
يتولى الاخذ وليهما مع الغبطة ولو ترك

الولي

الولي المطالبة فبلغ الصبي او افاق المجنون فله
الاخذ لان التاخير لعذر واذا لم يكن في الاخذ
غبطة فاخذ الولي لم يصح اقول اما الاول الحكم فلا
خلاف فيه ولا اشكال بل ظاهرهم الاجماع عليه كما عن صريح
الخلاف والغنية والتذكرة وغيرها وهو الحجة مضافا الى اطلاق
النصوص المستفيضة او المتواترة الدالة على ثبوت الشفعة لكل شريك
غير مقاسم ونحوه وان اخبر السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام انه
قال وصي اليتيم بمنزلة ابيه ياخذ له بالشفعة اذا كان له فيه رغبة و
قال للغائب شفعة وخبر ابي محبوب عن رجل قال كتبت الى الفقيه عليه السلام
رجل اشترى من رجل دارا مشاعا غير مقسوم وكان شريكه الذي له النصف
الآخر غائبا فلما قبضها وتحول عنها انهدمت الدار وجاء سيل خارق
فهدمها فذهب بها فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعة من هذا فاعطاه
الشفعة على ان يعطيه ماله كملا الذي نقد في ثمنها فقال ضع عنه قيمة
البناء فان البناء قد انهدم وذهب به السيل ما الذي يجب في ذلك فوقع
ليس له الا الشراء والبيع الاول ان شاء الله بل ظاهرها ان ثبوت الشفعة للغائب الآمر
والغرض من المعلومات التي لا تحتاج الى السؤال وانما المحتاج اليه بعض
الاحكام المتعلقة بها كطول المدة ونحوها وكون الوصي كالاب في ذلك
ونحو ذلك وبضميمة عدم الفرق بينها وبين السفيه والمجنون او عدم القول به
يثبت الحكم في الجميع كما في نظائره فتدبر جيدا والله اعلم تنبيهات
الاول لو تمكن الغائب من الاخذ بالشفعة بنفسه او بوكيله فالظاهر اختيارا

بطلت شفعته كما نص عليه الفاضل والشهيد والثانيان وغيرهم بل ما عن بعضهم
لا اصالة لزوم ملكه المقتضي فسخه وخروجه عنه على ما يندفع به الضرر عن الشفيع
وهو اول ازمنة امكانه ولا اطلاق في دليل ثبوتها بحيث يخرج به عن
اصالة اللزوم كما في نظائره ولا دليل لا ينتفي بخياره في امثال ذلك
كما سبق في خيار الغبن وغيره فلاحظ وتأمل والله اعلم الثاني يلحق بالغائب
من لا يعلم بالحال لحبس او اغماء او مشغولية على وجه لا يعلم معها بوقوع
البيع من شريكه على حصته لاتحاد المناط وشمول الاطلاق في نحو ذلك
ولا تسقط شفعته بمضي ثلثة ايام بعد البيع بل هو على خياره الى ان ثبت
في الخبر من التحديد بها انما يراد به مع علم الحاضر ومع تمكنه من الاخذ بها
او مع قدوم الغائب لبلده وعلمه بالحال والمغمى عليه ينتظر افاقته
وان تطاول الاغماء اذ لا ولاية لاحد عليه فلا يتصور الاخذ عنه
كما هو واضح والله اعلم الثالث ظاهر المتن وغيره تولي السفيه
للشفعة بنفسه كالغائب لعدم منعه من جهة عدم توقفها على التصرف في امواله
المحجور عليه فيها خصوصا مع رضا المشتري ببقاء الثمن في ذمته او مع كون الاخذ
بها ارجح له وانفع فانه لا يتوقف على اذن الولي بها ولا على اجازته
لها في وجه قوي ودعوى الاجماع على خلافه عهدتها على مدعيها بل قد يقال
بان له الاخذ بها على كل حال لغاية الامر انه لو امتنع الولي من تسليم الثمن
الى المشتري تسلط المشتري على فسخ ملكه وذلك غير قاض بتوقف الاخذ بها
على اذن الولي بها او اجازته لها ولو سلم ذلك فقد يمنع في صدق تولي
الولي للاخذ بها عنه عرفا وانما يصدق عرفا فيما لو تولى الولي الاخذ بها
عنه كما يتولاه عن الصبي والمجنون ولعل الحكم بمنع مشروعية ذلك
لولي السفيه للاصل ولعدم شمول ادلة الولاية لنحو ذلك والا لاتجه عليه

ما في المسالك

ما في المسالك من ان السفيه والصبي والمجنون يتولى الولي الاخذ بها عنهم
مع الغبطة وكان على المصنف جمع الضمير المضاف الى الولي ليتناول
السفيه لئلا يتوهم انه يتولى الاخذ بها دون الولي بقرينة تخصيص
الطفل والمجنون باخذ الولي بل نسب الى الاكثر الاقتصار عليهما في ذلك
مشعرا بان السفيه هو الذي يتولى الاخذ بشفعته دون وليه وربما
الاجماع على خلافه وعلى ان لوليه ان يأخذ بها عنه كالصبي عهدتها على مدعيها
واجماع الغنية كما انه غير شامل لذلك ايضا هذا وقد يعتذر عن المصنف
بامكان الفرق بينهما وبين السفيه بسلب عبارتهما دونه فلا يأخذ
لهما الا الولي بخلافه فان له الاخذ بنفسه مع اجازة الولي كما قيل وفيه
ان مجرد ذلك غير مجد هنا فانه ليس له الاخذ بها بدون اجازته
فهو المتولي حقيقة دون السفيه كما هو واضح فتدبر جيدا والله اعلم
الرابع ثبوت الشفعة للمفلس لشمول النصوص له مع عدم حرمة فلا خلاف
فيه كما اعترف به بعضهم وهو الحجة فلو اخذ بها فلا اعتراض للغرماء عليه مع رضا
المشتري ببقاء الثمن في ذمته او بابرائه منه او بامهاله الى ان يستقر او الى
ان يرضى الغرماء بان يدفع الثمن من المال الذي قد تعلق به حقهم بل ولا
اعتراض لهم عليه ايضا مع انتفاء ذلك كله اذ غاية الامر تسلط المشتري
على فسخ ملكه المتجدد لعجزه عن الثمن وذلك غير قاض بتوقف شفعته على
اذنهم وليس لهم ان يشفعوا عنه بدون رضاه للاصل ولعدم ولاية
لهم عليه وليس لهم اجباره عليها وان كان ذلك انفع لهم للاصل ولانه
ذلك من التكسب الذي لا يجب عليه شرعا وان كان الاولى له ذلك فتدبر جيدا والله اعلم

الى ما في ظاهر المتن وغيره عدم الفرق بين الصبي المميز وغيره ولا
بين المجنون المميز وغيره ولا بين المطبق وغيره لاطلاق النص
وغيره مما عرفت من الحجج ولو مع ضميمة عدم القول بالفرق بين الصبي
والمجنون كما هو واضح فتامل جيدا والله اعلم واما الحكم الثاني فلا خلاف
فيه ولا اشكال لمسلوبية عبارتهما وفعلهما ولخبر السكوني الآتي
الذي لا ينكر ظهوره في اعتبار الرغبة المراد منها الغبطة كما ذكره كثير
منهم من غير خلاف فيه يعرف بل النسبة الى المصرح به ومن تأخر عنه وخلو
عبارات القدماء عنه غير ظاهر في المخالفة اذ لعله لمعلوميته فيما بينهم
الا ان مورد الخبر انما هو الوصي على الصبي فلا يشمل الاب والجد كما قيل
مع احتماله لهما ايضا الا انه خلاف ما اشتهر فيما بينهم من الفرق بينهم
كما سبق في كتاب البيع وغيره فلاحظ وتامل والله اعلم واما الحكم
الثالث فقد نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف من غير فرق بين
كونه ترك اخذ الولي بها للعصيان او غفلة او نسيان او لعدم علمه بثبوت
الغبطة فيه عنده او لغير ذلك لاصالة بقاء حق المولى عليه وعدم
سقوطه بترك الولي له وتقصيره فيه والتراخي المزبور غير قادح
بالنسبة الى المولى عليه المعذور شرعا كما هو واضح ولم يظهر من اجماعهم
على ذلك كما هو صريح غير واحد منهم هذا ولو عفى الولي عنه في هذا
الحال لم يمض عفوه مطلقا حتى لو كان ابا او جدا مع كون العفو
مفسدة للمولى عليه والضرر على المشتري بطول الانتظار غير مسقط للحق
ايضا بل هو كالاجتهاد في مقابلة النص والفتوى كما قيل خصوصا بعد ان
كان هو السبب في ادخال الضرر على نفسه بذلك بل بثبوت مثله في الجانب
مما يرشد الى عدم مانعيته شرعا والى ان ذلك من الاعذار القاضية بعدم
سقوط

سقوط حق المنتفع عنها كما في نظائره فتامل جيدا والله اعلم ولو اراد
الولي تجديد الاخذ بالشفعة بعد عفوه او بعد اهماله له قبل الكمال
بلوغ الصبي مثلا ففي تسلطه على ذلك وجهان من بقاء الحق كما هو
المفروض قابلة للاخذ به لبقاء الحق وعدم سقوطه بالعفو المزبور
ومن انعزاله عن الولاية بالنسبة الى الحق المزبور كما قيل وضعف الثاني ظاهر
خصوصا مع معصيته بالترك المزبور فتامل جيدا والله اعلم واما الحكم
الرابع فلا خلاف فيه ولا اشكال لان المفروض ان تصرفه خلاف
المشروع فلا يترتب عليه شيء من التصرفات الفاسدة وان
ترتب عليه ضمان المال المدفوع الى المشتري عليه وعلى الدافع كما
في نظائره هذا وعن جملة من كتب الفاضل والشهيدين وغيرهم من غير
خلاف فيه يعرف كما قيل انه لا شفعة لهما بعد الكمال اذا كان الترك
من الولي اصلح من الاخذ او كان في الاخذ فساد على المولى عليه قيل
ولعله كذلك اذا كان ترك الولي لاعتبار الغبطة ونحوه مما يقتضي عدم
ثبوت الشفعة له للصبي بناء على سقوط الشفعة به اما اذا لم يكن كذلك
فيشكل سقوط حقهما لاصالة البقاء ولاطلاق الادلة مع عدم منافاة
عدم جواز اخذ الولي لذلك من جهة اعتبار الغبطة في اخذه بخلاف
المولى عليه بعد كماله الذي لا يعتبر فيه ذلك كما هو صريح محكي الخلاف وغيره
بل هو ظاهر الاكثر كما قيل وقد يوجه عليه بانه اذا كان ترك اخذ الولي
بها اصلح كان ذلك اسقاطا منه لها فيمتنع ان يصح منه كما يصح اخذه بها
مع الغبطة وقد يدفع بمنع كون الترك المزبور اسقاطا للحق ولو سلم

فلا دليل على صحته من الولي مع اصالة عدمه ولا تلازم بين صحة الاخذ مع الغبطة
وبين صحة الاسقاط مع عدمها لا عقلا ولا شرعا فتامل جيدا والله اعلم ولو فرض
صحة اسقاط الولي لها لبعض المصالح فاسقط لم يكن للمولى عليه الاخذ بها
بعد كماله كما هو واضح ولو جهل الحال واحتمل ان اسقاطه لمصلحة فقد يتوقف
بحمل فعله على الصحة كما لو تصرفاته المجهولة فليس له الاخذ بها بعد الكمال
وقد يتوقف بعدمه وان له الاخذ بها بعد الكمال الا ان يعلم بان اسقاطه
لها قد كان لمصلحة عائدة اليه لاصالة البقاء كما قيل ولعل الاول
اظهر كما قد يشير اليه في العبارات فلاحظ وتدبر والله اعلم قال رحمه الله وتثبت
الشفعة للكافر على مثله ولا تثبت على المسلم
ولو اشتراه من ذمي وتثبت للمسلم على المسلم
والكافر اقول بلا خلاف في شيء من ذلك بل الاجماع بقسميه عليه بل الحكم
بالنسبة الى الاخير من ضروريات المذهب بل الدين كما قيل والعمومات شاملة
للاول كالاخير واما الثاني فيشهد له مع ذلك مع الاصل بعد الاعراض
عن العمومات عموم قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا
بناء على شموله لامثال ذلك كعموم قوله عليه السلام الاسلام يعلو ولا يعلى عليه كذلك
ايضا وخصوص خبر السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال ليس لليهود ولا
للنصارى شفعة وقال عليه السلام لا شفعة الا لشريك غير مقاسم ويلحق بهم المجوس
وغيرهم بالقطع وعدم القول بالفصل بين جميع الكفار واطلاق الخبر المزبور
مقيد بالمسلمين للاجماع على ثبوت الشفعة للكفار على مثلهم وان اختلفت
مللهم والظاهر ثبوتها للمسلمين مطلقا وان حكم بكفرهم على المؤمنين وغيرهم عملا
باطلاق النصوص السالم عن المقيد بعد عدم شمول الاجماعات على عدم ثبوتها

للكافر

للكافر على المسلم لمثل النواصب والغلاة فتامل جيدا والله اعلم قال رحمه الله واذا
باع الاب او الجد عن اليتيم شقصه المشترك معه جاز
ان يشفعه فترتفع التهمة لانه لا يزيد عن بيع
ماله من نفسه اقول المراد باليتيم هو القاصر مطلقا وان لم يكن
يتيما حقيقة لوجود ابيه لعدم بلوغه وجنونه او نحو ذلك والحكم بجواز اخذه
بالشفعة مع صحة بيعه خيرة الشيخ والفاضل وولده والشهيد والثانيين
وغيرهم على ما حكي بعضهم للاطلاقات الشاملة لذلك لغة وعرفا ودعوى
ان القاصر للبيع المزبور راض به بل مريد له وعدم شفعته فيه والا لباعه لنفسه
ابتداء كما قيل واضحة المنع اذ قد يتعلق له غرض متعلق به عقلا او شرعا
بعدم شرائه لنفسه ابتداء فيكون البيع المزبور مقدمة لتملكه له وتمهيدا له
كما في ذلك كما عن في القواعد من الاشكال في اخذه بها كما عن والا
بالمنع في من ان الوجه عدم جواز اخذه بها لانه بايع فلا تثبت له الشفعة
لرضاه بالبيع كما لو توكل الشفيع في البيع خصوصا مع عدم الموافق له على ذلك
كما في مفتاح الكرامة وغيره فلاحظ وتامل والله اعلم قال رحمه الله فهل ذلك
للوصي قال الشيخ لا لمكان التهمة ولو قيل بالجواز
كان اشبه بالدليل اقول وهو خيرة التذكرة والتحرير والدروس
وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها على ما حكي بعضهم للاطلاقات النصوص
او عمومها الشاملة لذلك لغة وعرفا ولكن في المختلف التفصيل في ذلك عن المبسوط
انه اذا باع ولي اليتيم حصته من المشترك بينه وبينه لم يكن له الاخذ بالشفعة

قيل ح ٢

الا ان يكون ابا او جدا لان الوصي متهم فيؤثر تقليل الثمن ولانه ليس له ان يشتري
لنفسه بخلاف الاب والجد كما قيل والتعليلان عليلان كما اعترف به كثير منهم بل قد
يستدل له على الاول بعدم المنزلة في خبر السكوني ان بقي مع الاجماع على ان للوصي
ان يشتري لنفسه كما عن ظاهر المنع وغيره ولو سلم امره الى الحاكم فباع عنه بنظره
فلا بحث في صحة اخذ الوصي وغيره بالشفعة لارتفاع التهمة حينئذ كما اعترف به الشهيدان
وغيرهما فلاحظ وتامل والله اعلم فائدة في للمكاتب الاخذ بالشفعة
فلا اعتراض لمولاه اقول قد صرح بذلك كثير منهم من غير خلاف فيه بل لا
خلاف فيه ولا اشكال كما اعترف به بعضهم وهو كذلك بناء على ان المكاتب شريك
للبائع حقيقة لانه مالك للعين والرقبة لشمول الاطلاقات له حينئذ واما بناء
على انه لا يملك العين اصلا وان ساغ له التصرف بعقد الكتابة ففيه اشكال
لعدم شمول النصوص له لعدم صدق الشريك عليه حقيقة ولكن قد يقال بان
الشريك لما كان سيده كانت الشفعة حقا له فتكون للمكاتب بعقد الكتابة لا له
لانقطاع سلطنة المولى عنه بالنسبة الى ذلك فليس له الاعتراض عليه حينئذ لو كان
هو البائع او المشتري كما هو مقتضى اطلاقهم والله اعلم ولو باع المكاتب شقصا ٢ باع ص
على المولى ببعض مال الكتابة ثبتت الشفعة لشريكه فان كان المكاتب مشروطا
وفسخت الكتابة فالاولى بقاء الشفعة اعتبارا بحال البيع وقد يحتمل سقوطها
لخروجه بذلك عن كونه مبيعا والاول اصح كما قيل والامر سهل والله اعلم قال ره
في لو ابتاع العامل في القراض شقصا وصاحب المال
شفيعه فقد ملكه بالشراء لا بالشفعة ولا اعتراض للعامل
ان لم يكن ظهر ربح وله المطالبة باجرة عمله اقول اما الاول
فقد صرح به كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف كما قيل للاصل ولانه المفروض شرائه بعين
ماله فيكون ملكا له بل ربما نفى الاشكال فيه ايضا لان العامل كالوكيل عن المالك فكما

يشتريه

يشتريه بمال المضاربة فهو ملك لرب المال فلا يتصور شفعة له حينئذ في ماله اذ
المالك لا يملك حينئذ ولا يتحقق القصاص على عبده لو جنى عليه ليس
ملكا للملك ولكن عن المحقق الاردبيلي انه لا يمنع ان يستحق الملك بالشراء
ثم بالشفعة اذ لا يمتنع اجتماع العلتين على معلول واحد لان علل الشرع
معرفات بل ربما جزم به بعض متاخري المتاخرين وهو احد وجهي التذكرة واحد
وجهي المبسوط من غير ترجيح فيهما للخروج عن الاصل بالاطلاقات او
العمومات كما قيل ولان الملك الذي حصل بالشراء قد تعلق به حق العامل
ولو في الجملة فهو من اموال المضاربة والملك الذي يحصل بالشفعة ملك
جديد لم يتعلق به حق اصلا وليس من اموالها قطعا وان كان الثمن الذي
يدفعه عنه من اموالها كما جزم به بعضهم وليس ذلك من فسخ عقد المضاربة
في المبيع المخصوص ولا من الملك من جهتين ولا من اجتماع العلتين على معلول
واحد في زمن واحد وان وجد في بعض العبارات نعم انما هو من تبديل
الملك الذي للعامل فيه تعلق بملك لا تعلق له فيه اصلا فلم ترد الشفعة
على مجرد الملك الحاصل بشراء العامل وذلك غير متصور متعقل في نفسه
ولكن فيه شبهة شرعا تامل للمنع شمول ادلة الشفعة الواصلة الينا لهم
لمثل ذلك بل المتبادر منها انما هو غير ذلك قطعا فلا مخرج عن الاصل فلاحظ
وتامل والله اعلم واما عدم اعتراض العامل مع عدم ظهور الربح فلا ريب فيه
على الوجهين لعدم تعلق حق له فيه كما هو المفروض ولكن ان اخذه المالك منه
بالشفعة فليس للعامل اجرة لعدم انفساخ المضاربة وعدم فسخ المالك
لها في الشقص المزبور فان فرض تضرر العامل بذلك فهو الذي قد ادخله على
نفسه بالشراء المزبور فتدبر وان اخذه بعد فسخ المضاربة فيه فله اجرة عمله كما

فرق في الموارد اذ لا خصوصية لهذا المورد من هذه الجهة ولعلم باخذه المالك
بالشفعة ولا بفسخ المخابرة فهو باق على ملكه متعلقا به حق العامل
والاجرة له بل ينتظر حصول الربح فيأخذ منه حصته والا فلا شيء
له كما هو واضح كوضوح ان للعامل الاعتراض على المالك مع ظهور
الربح فيه لتعلق حقه بربح وليس للمالك منعه منه ولا اجرة له
بل له ما شرط له في العقد كما هو محرر في محله فلاحظ وتامل والله اعلم

قال ره فروع على القول بثبوت الشفعة مع كثرة الشفعاء وهي عشرة الاول لو كان الشفعاء اربعة فباع احدهم وعفى آخر فللآخرين اخذ المبيع ولو اقتصرا في الاخذ على حقهما لم يكن لهما لان الشفعة لازالة الضرر وباخذ البعض يتأكد

اقول اما الاول فلا ريب فيه ان قلنا بثبوت حق الشفعة
لكل شريك في تمام المبيع فان عفى احدهم ح لا يسقط حق الباقي
للاصل وغيره وان قلنا بثبوته لجميعهم في تمام المبيع على التوزيع ففيه اشكال
لان العفو عن بعض المبيع يقتضي استقراره للمشتري فليس للباقي اخذه
واخذهم لبعضه مستلزم للضرر عليه او لتكثيره اللهم الا ان يلتزم بان
العفو المزبور يقتضي كون حقه لاحقا به الباقي لا للمشتري وح فلهم اخذ
تمام المبيع ولا يلزمهم التبعيض بل يتعين عليهم اخذ الجميع او ترك
الجميع وليس لهما التبعيض كما جزم به المصنف وغيره بل لعله المشهور اقتصارا
على المتيقن مع اصالة شرعية التبعيض ومع تأكد الضرر به كما قيل الا انه قد ٢ عدم صح

يقال

يقال بانه هو الذي قد ادخل على نفسه بشرائه مع علمه بتعدد الشفعاء الضرر المفروض
والاصل قد يخرج عنه بالاطلاقات كما قيل وبان الشفعة حق مالي قابل
للتقسيط والانقسام بل هو المتبادر من قوله ع الشفعة على عدد الرجال
انها توزع عليهم دون السهام ولا معنى للتوزيع الا بارادة تبعية شفعة
كل واحد لنصيبه وبان العفو يقتضي استقرار المعفو عنه على ملك المشتري كما لو عفوا
جميعا مع منع استلزام الانتقال الضرر وهو خيرة الكاتب والفاضل في جملة من كتبه
وغيرهما على ما حكي عن بعضهم ودعوى ان الشفعة كالخيار للوارث فانه واحد لا يتبعض
الحصص فيمضي فسخ الواحد على الجميع وان لم يرضوا بذلك يدفعها مع تسليم
الحكم في الخيار وضوح الفرق بين الشفعة والخيار لكونه راجعا الى فسخ العقد وهو
غير قابل للتبعيض بخلاف الشفعة فان مرجعها الى نقل المشتري الى الشفيع فهو بمنزلة
فسخ عقد ومع فرض تعدد المستحقين وكون الاستحقاق على عدد الرؤوس لا مناص
عن القول بالتوزيع على عدد الشفعاء كما قيل وفي المسالك ان ما ذكره المص
هو المشهور بين الاصحاب وكثير منهم لم يذكروا غيره وهنا وجه آخر وهو ان
العفو يسقط حق العافي وليس لصاحبه الا ان ياخذ قسطه لانه حق مالي قابل
للقسمة لان العفو يقتضي استقرار المعفو عنه على ملك المشتري كما لو عفوا
جميعا وليس للمشتري ان يلزم الآخر باخذ الجميع وهنا وجه ثالث وهو انه
لا يسقط حق واحد منهما لان الشفعة لا تتبعض فيغلب جانب الثبوت
وهذا البحث يأتي مع اتحاد الشريك اذا مات وترك جماعة ويزيد هنا
احتمال رابع وهو بطلان حقهم مع عفو البعض بناء على انهم يأخذون
الشفعة للمورث ثم يتلقون منه فيكون عفو بعضهم بمنزلة عفو المورث

عن بعض حقه الى غيره لكن تمام فيه وفي غيره مما لا تخلو بعضه من نظر فلاحظ وتامل
والله اعلم قال ره ولو كان الشفعاء غيبا فالشفعة لهم فاذا
حضر واحد وطالب فاما ان ياخذ الجميع او يترك
لانه لا شفيع الآن غيره ولو حضر اخر اخذ من الاخر
النصف او يترك فان حضر الثالث اخذ الثالث او
يترك وان حضر الرابع او يترك اقول قد يعلل ذلك
بالتحفظ عن تبعيض الصفقة على المشتري الموجب للضرر عليه بانه هو الذي
قد ادخل على نفسه مع عدم الدليل على ما نعيته من اخذ نصيبه فقط مع ظهور
مرسل الانتقاد في على مها وبان الغيبة لا تسقط حق الشفعة فلا وجه
لاخذ الاول للجميع على وجه يكون مكانه والمفروض ان له الربع وعدم
عفو احد منهم ومجرد احتمال حصوله بعد لا يجعل الحق له الجميع الان اذ
احتمال الكشف مما لا دليل عليه بل ظاهر الادلة خلافه كما قيل وخوف التبعيض
لا يقتضي ثبوت الحكم المزبور سيما ان الاخذ منه بعد ذلك كذلك ايضا الا غير ذلك من
التعليلات والاحتمالات التي لا مدرك لها شرعا ولعل ذلك على اقوى الشهيد على
بطلان الشفعة مع الكثرة فتم جيدا والله اعلم قال ره الفرع الثاني لو
امتنع الحاضر او عفى لم تبطل الشفعة وكان للغيب
اخذ الجميع وكذا لو امتنع ثلثة او عفوا كانت الشفعة
باجمعها للرابع ان شاء اقول هذا كله انما يتم على تقدير ثبوت الشفعة
في الجميع لكل واحد من الشفعاء وان التوزيع انما هو من جهة تزاحم حقوقهم
والعدل فيما بينهم وفي المسالك انه هو الاشهر واما على تقدير استحقاق كل واحد
منهم لحصته فلا يتم ذلك كما هو واضح فتم جيدا والله اعلم قال ره الفرع الثالث

اذا

لاخذ

اذا حضر احد الشركاء فاخذ بالشفعة وقاسم
ثم حضر الاخر فطالب فسخ القسمة وشارك الاول
وكذا لو رده الشفيع الاول لعيب ثم حضر الاخر
كان له الاخذ لان الرد كالعفو اقول الى اخره
الحكم المزبور لبقاء الاستحقاق فكان الاخذ اولا كالنائب عنه
ان اخذ الجميع كان للاخر حق شركته فيما اخذه مع بقاء القسمة
مع البائع بحالها ولا موجب لبطلان القسمة وفسخها لان الحاصل ابقاء
المالك عن المالك وان اخذ مقدار قسطه اخذ الاخر مقدار
قسطه ايضا من المشتري ولا فسخ للقسمة اصلا فما في المتن وغيره
من الحكم بفسخها في غير محله وتصور ان حقه شائع في الحصة دون بعض
السهام فلا بد من فسخ القسمة الاولى مقدمة لايصال حقه اليه مما لا
شاهد عليها بل لعل شرعية القسمة للاول قاضية بتمييز ما فيه الشفعة
عن غيره فلا يكون حقه شائعا في جميع السهام لا اقل من الشك
فلا محيص عن اصالة البقاء هنا وقد يمنع كون الرد بالعيب
كالعفو بل هو احداث ملك جديد بعد ان خرج عنه فلا يكون
كالعفو عنه بل هو كشرائه ثانيا ونحوه كما قيل وضعفه ظاهر
فتم جيدا والله اعلم قال الفرع الرابع لو استغل الاول

ثم حضر الثاني شاركه في الشقص دون الغلة اولا
قد صرح بذلك غير واحد منهم من غير خلاف بيننا فيه يعرف لتبعية النماء للملك
المفروض كونه للاول في زمان النماء وكون ملكية الثاني من حين اخذه
بعد ظهور الثمرة فلا تتبع ملكه كما في نظائره من البيع وغيره خلافا لبعض من
جهل الذي هو الرشد في ظلمة فلاحظ وتأمل والله اعلم قال ره الخامس
لو قال الحاضر لا آخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفعته
لان التأخير لغرض لا يتضمن الترك وفيه تردد اقول
لعل منشأه من حيث منافاته للفورية وخوف عدم علاقته له وحصول الضرر
عليه بالتعجيل مع اخذ الغائب له بعد حضوره ونحو ذلك مع اصالة بقاء
الحق واستصحابه كما قيل وهو من اطلاق دليل الفورية مع الشك في كون الاعتبار
المذكور مسقطا لها شرعا مع ان ضرره لا يندفع بفرار المشتري كما هو ظاهر
سهل والله اعلم قال ره السادس لو اخذ الحاضر ودفع الثمن
ثم حضر الغائب فشاركه ودفع اليه النصف مما دفع الى
البائع ثم خرج الشقص مستحقا كان دركه على المشتري
دون الشفيع الاول لانه كالنائب عنه في الاخذ اقول
هذا هو المشهور كما في المسالك وغيرها لاستواء الجميع في الاستحقاق على المشتري
وافتى بعضهم فقيل لا يغير الحكم المذكور لبقاء الاستحقاق فكان الآخذ ٢ بعض صح
اولا كالنائب عن المتأخر كما قيل وقد يشكل بتوجه المنع الى ذلك فان
الذي قد اخذ اولا قد ملك الجميع واخرجه عن ملك المشتري وله نماؤه حيث
يكون شراؤه صحيحا الا ان يجيء الثاني فان اخذه منه ودخل في ملكه صار

نمائه

نمائه له من حينه ولا تعلق له بالمشتري بوجه من الوجوه فلا بد من ان يكون
ضمان ما عليه من الثمن الذي قد دفعه عليه لا على المشتري الا ان يكون الشفيع
الشفيع الاول قد قبضه من الشفيع الثاني ودفعه الى المشتري واسترجع منه
ما دفعه اليه اولا فانه حينئذ يكون من باب التقايل قبل الدرك في نظائره
التي منها الشقص المذكور الذي قبضه عليه بالدرك وكان مضمونا على
الجميع عينا ومنافعا عندهم ودعوى الاجماع على خلاف ذلك عهدتها
على مدعيها فتدبر جيدا والله اعلم قال ره السابع لو كانت الدار
بين ثلاثة فباع احدهم من شريكه استحق
الشفعة الثالث دون المشتري لانه لا يستحق
شيئا على نفسه وقيل يكون بينهما ولعله اقرب
اقول كما عن المبسوط وموضع من الخلاف والتذكرة والمختلف وجامع المقاصد وغيرها
لاشتراكهما في العلة الموجبة للاستحقاق ولا يمتنع ان يستحق تملك الشقص
بسببين البيع والشفعة لان علل الشرع واسبابه معرفات فلا يمتنع اجتماع
اثنان منها على معلول واحد ولان للشفعة اثرا آخر غير تحقق الملك
وهو منع الشريك الاخر عن تملك مقدار مستحقه بالشفعة وهذا الاثر لا مانع
منه كما قيل الا انهما معا لا يرجعان الى دليل شرعي يخرج به عن اصالة عدم
ثبوت الشفعة له شرعا بعد قصور ادلتها عن شمولها لمثل ذلك بل العلة ظاهرة
في ان مشروعيتها لغير المشتري ودعوى صدق الشريك على المشتري كصدقه على غيره ٢ الشفعة صح
فيندرج فيما دل على ثبوت الشفعة لكل شريك لم يقاسم يدفعها ان مورد تلك
النصوص انما هو المشترك بين اثنين اذا باع احدهما على غير شريكه ولا شمول لها
لمحل البحث اصلا هذا لا فرطه بعدم الفرق بينه وبين محل البحث كي يتعدى الحكم اليه

وليس فيه نص بخصوصه صريح كي يتمسك باطلاقه كما لا يخفى على المتتبع للنصوص ولعله
لذا قيل بان الشفعة مختصة بالثالث دون المشتري كما هو ظاهر بعض من تأخر
وعن الدروس وموضع من المختلف بل قد يظهر من نحو المتن انه هو المشهور وفي
الخلاف بعد نسبة الخلاف الى ابي حنيفة دليلنا انه لا يستحق الانسان الشفعة
على نفسه بل قيل بان ذلك غير معقول لامتناع ان يستحق الانسان تملك ملكه
كما قيل وفيه انه لا بأس بان ينفسخ ملكه له بالشراء ويتجدد ملكه له بالشفعة
ولكن لا دليل على ذلك مع اصالة عدمه وفي الخلاف ايضا انه على قول من قال
من اصحابنا ان الشفعة على عدد الرؤس اذا كانت الدار بين ثلثة شركاء
اثلاثا فاشترى احدهم نصيب احد الاخرين استحق بالشفعة المشتري مع الاخر
الشفعة بينهما نصفان وبه قال ابو حنيفة واحمد ومالك وعامة اصحاب
الشافعي وهو اقوى عندي نظرا الى ما سبق دليلنا انهما تساويا في الشركة الموجودة
حين الشراء فوجب ان يتساويا في الشفعة ولا موجب لانفراد احدهما
بالشفعة لانه لا دليل على ذلك الى غير ذلك مما فيه وفي غيره مما لا يخلو من نظر او
منع فتأمل جيدا والله اعلم قال رحمه الله الثامن لو باع اثنان من ثلثة
صفقة فللشفيع اخذ الجميع وان يأخذ من اثنين ومن
واحد لان هذه الصفقة بمنزلة عقود متعددة ولو
كان البائع واحدا من اثنين كان له ان يأخذ منهما
ومن احدهما ولو باع اثنان من اثنين كان ذلك
بمنزلة عقود اربعة فللشفيع ان يأخذ الكل وان
يعفو وان يأخذ الربع او النصف او ثلثة ارباع
وليس لبعضهم مع الشفيع شفعة لان انتقال الملك
اليهم دفعة فيتساوى الاخذ والمأخوذ منه ولو

باع

باع الشريك حصته من ثلثة في عقود متعاقبة
فله ان يأخذ الكل وان يعفو وان يأخذ
من البعض فان اخذ من الاول لم يشاركه
الثاني والثالث وكذا لو اخذ من الاول
والثاني لم يشاركه الثالث ولو عفى عن
الاول واخذ من الثاني شاركه الاول
وكذا لو اخذ من الثالث شاركه الاول
والثاني لاستقرار ملكهما بالعفو اقول
قد اطنب في ذا الشهيدان وغيرهما في تفصيل هذه الفروع التي هي
مجرد فرض لم يقع في الخارج بل ولا يقع الى آخر الدهر مع
انها مبنية على اصل فاسد فالاشتغال بها وبامثالها انما هو تضييع
العمر واتعاب الفكر بلا ثمرة معتد بها تترتب عليها فالاعراض
عنها اولى ومن اراده فليلاحظ المسالك وغيره مع ان وجه الحكم
فيها انما هو عدم تحقق التبعيض مع تعدد العقود حكما وان لم
تتعدد لفظا اذ هي شفعات متعددة فله الاخذ ببعضها دون
بعض كالعقود المتعددة لفظا دفعة من اصيل او وكيل فضلا او تدريجا
والمرجع في التعدد الحكمي الى تعدد البائع او المشتري او تعددهما معا بل او تعدد الثمن او
المبيع ايضا وغير ذلك نعم واما الحكم بانه ليس لبعض المشترين او جميعهم شفعة مع

الشفيع فلعله للاصل ولظهور ادلتها في تقدم ملك المستحق لها والمفروض عدمه
وان عدم مشاركة الثاني والثالث للشفيع مع اخذه من الاول فلعدم شركتهما
في وقت شرائه للاول فلا شفعة لهما هنا واما مشاركته من عفى الشفيع عن الاخذ
منه له فلسبق شركته واستقرار ملكه بالعفو عنه مع شمول اطلاق ادلة
الشفعة له كما قيل بل قد يدعى شموله لها له وان لم يعف عنه لان المدار فيها على
اصل الملك لا على استقراره كما قيل ولكن للبحث في ذلك مجال اذ لم نجد
اطلاقا شاملا مع تعدد الشركاء فلاحظ وتأمل والله اعلم قال ره التاسع
لو باع احد الحاضرين ولهما شريكان غائبان فالحاضر
هو الشفيع في الحال اذ ليس غيره فاذا اخذ وقدم احد
الغائبين شاركه فيما اخذ الحاضر بالسوية ولو قدم
الاخر شاركهما فيما اخذ فيكون له ثلث ما حصل
لكل واحد منهما اقول الوجه في ذلك كله ظاهر مما سبق في نظائره فلا
ثمرة في تكراره فلاحظ وتأمل والله قال ره العاشر لو كانت
الدار بين اخوين فمات احدهما وورثه اثنان
فباع احد الوارثين كانت الشفعة بين العم وابن الاخ
لتساويهما في الاستحقاق وكذا لو كان وارث الميت
جماعة اقول قد صرح بذلك كثير منهم من غير خلاف بيننا فيه يعرف
ولكن عن بعض العامة اختصاص ابن الاخ بالشفعة لان ملكه
اقرب الى ملك الاخ لانهما قد ملكا بسبب واحد ولهذا لو ظهر دين
على ابيهما يباع فيه ملكهما دون ملك العم ومن كان اقرب ملكا فهو احق
بها كالشريك مع الجار وضعفه ظاهر لان المدار على ملك المشتري لا على
سببه لان القدر المقتضي لثبوتها وشرعيتها لا يختلف باختلاف
اسباب الملك كما هو مقتضى اطلاق ادلتها ان عرفت هذا فاعلم رحمك الله
قال المقصد الثالث

قال ره المقصد الثالث في كيفية الاخذ ويستحق
الاخذ بالعقد وانقضاء الخيار لانه وقت اللزوم
وقيل بنفس العقد وان لم ينقض الخيار بناء على
ان الانتقال يحصل بالعقد وهو اشبه اقول انه يكون
النزاع من جهة اللزوم وعدمه مع ثبوت الانتقال الى المشتري بالعقد
كما هو مقتضى تعليل القول الاول ومن فيتجه عليه قوة الثاني لانه ظاهر النصوص
تعليق الشفعة على البيع الشامل لذي الخيار وغيره حقيقة فيتبع المصير اليه
فيخرج عن الاصالة عدم ثبوت الشفعة في البيع ذي الخيار كما قيل ذلك كما عن
الخلاف والمبسوط والغنية والمهذب وغيرها من انه لا شفعة في البيع الذي
فيه الخيار للبائع او لهما لان الملك لم يزل عن البائع اما ما لا خيار فيه او فيه
الخيار للمشتري وحده ففيه الشفعة لان الملك قد انتقل عن البائع وصار
للمشتري ونحوه تعليل المتن ونحوه للقول الثاني فيقتضي كون النزاع من حيث
الانتقال وعدمه ومن فيتجه القول الثاني ايضا بناء على المشهور من انتقال
المبيع بمجرد العقد الى ملك المشتري فان المتن من تعليل القولين لا يخلو من
تشويش وعدم انطباق على احد الكلامين المذكورين ودعوى ان الاطلاق
في ادلة الشفعة بحيث يخرج به عن اصالة عدم ثبوتها فليقتصر فيها على
المتيقن وهو ما بعد الانتقال واللزوم عهدتها على مدعيها واما ما
ما قيل من ان الشريك اذا باع حصته استحق شريكه الشفعة بمجرد العقد
وان لم ينتقل المبيع الى المشتري ولكنه مشرف على الانتقال اليه وذلك

١٢ الكاتب

كما في ثبوت الشفعة اولان البيع حقيقة في نفس العقد الصحيح المقتضي
للنقل ولو بتا فرا عنه على قول فيندرج في اطلاق النصوص وح فلا يكون
الاخذ بها مفرعا على القول بالانتقال بمجرد العقد كما هو واضح كوضوح عدم
مانعية الخيار من اخذ الشريك بالشفعة للاصل واطلاق النصوص بل وعدم
سقوط الخيار به ايض لاصالة بقائه واطلاق دليله مع عدم كون الاخذ
من مسقطاته شرعا ولكن ان فسخ البايع بطل الاخذ المزبور والا
فهو باق على ملك الشفيع الآخذ له كما عن الفاضل وولده والشهيدين و
غيرهم فيكون الاخذ المزبور ح بمنزلة تلف المبيع في زمن الخيار الذي
لا يسقطه فيفسخ العقد ويأخذ مثله او قيمته ولكن يتجه عليه ح عدم
بطلان الاخذ المزبور بل يكون تلفا شرعيا ويرجع البايع بعد فسخه العقد
الى مثله او قيمته كما احتمله بعضهم ودعوى الاجماع على خلافه محل منع مع ما
عن التحرير من احتمال عدم جواز الاخذ في زمن الخيار لان فيه اسقاط حق
البايع محل منع واولى بالمنع ما عن الارشاد من انه يستحق الشفيع الاخذ
بالعقد وان اشتمل على خيار البايع فبعد انقضائه ولذا انكره ابن ادريس
ذكر مع تاخر عنه من الفاضل في غير الارشاد وكما اعترف به بعضهم بذا او
فدفع بان الشفيع بشفعته قد صار بمنزلة المشتري فيكون اخذه مراعى
بفسخ البايع وعدمه كالمشتري فيكون ملكه بسبب العقد المشتمل على الخيار فيلحقه
الخيار ايض خصوصا مع قوله لا سبيل للشفيع الا البيع والشراء الاول كما
قيل ولكن قد يدفع بان المراد منه انما هو كونه بالثمن الاول فقط لا لجميع
ما اشتمل عليه العقد الاول من الخيار ونحوه كما قد يستفاد من قوله بالثمن الاول
وكونه بمنزلة المشتري من كل وجه محل منع كما لا يخفى والله اعلم قال اما

لو كان

لو كان الخيار للمشتري خاصة فانه يستحق بنفس
العقد لتحقق الانتقال اقول هذا مع نفي الخلاف وحكاية الاجماع
عليه كما قيل انما يتم بناء على ان المناط في الاستحقاق وعدمه انما هو الانتقال
وعدمه ولكن قال الشهيد ره بانه يلزم الفاضل الحاكم بان الملك يمنع الاخذ
انما هو سقوط حق البايع بالاخذ بان يقول به هنا ايض لاستلزامه سقوط حق
المشتري الثابت له شرعا مع ما في الخلاف ايض من ان المبيع هنا قد خرج عن ملك
۲ البايع صح البايع وانتقل عنه ولم يدخل في ملك المشتري فلم ينتقل اليه كما قيل الا ان الاخذ
مع تسليم في نفسه ليس نقضا على نفي الخلاف المزبور لتحقق الانتقال الخ عنهم
وذلك كاف في ثبوت الشفعة عندهم وهذا بخلاف صورة الخيار للبايع
فانه لم ينتقل عنه عند الشيخ ومن وافقه كما لا يخفى على من لاحظ عباراتهم فلاحظ
وتامل والله اعلم واما الاول فلا يعد نقضا عليه ايض اذ لا ازم القول على
تقديره ليس خلافا وفي الدروس انه لو اشتمل البيع على خيار للبايع او لهما قال
الشيخ ره لا شفعة بناء على عدم انتقال المبيع وهو قول ابن الجنيد وقال الحلي
تثبت بناء على الانتقال فظاهره بطلان خيار البايع بالاخذ وقال الفاضل اخذه
مراعى فان فسخ البايع بطل الاخذ والاقرب ولا اعلم به قائلا قال الشيخ فان حق
به المشتري ثبتت الشفعة وله المطالبة بها قبل انقضاء الخيار ويلزم على قول الفاضل
ان تكون المطالبة مراعاة ويحكى القول بان الاخذ يبطل خيار المشتري
كما لو اراد الرد بالعيب فاخذه الشفيع ولان الغرض الثمن وقد حصل من الشفيع
الا ان يجاب بان المشتري يريد دفع الدرك عنه فرع لو كان الخيار للمشتري
فباع نصيبه فالشفعة للمشتري الاول وفي بقاء شفعة البايع لو باع قبل

العلم وجهان ولو كان الخيار للبايع او لهما فان الشفعة للبايع الاول عند الشيخ
وابن الجنيد لان المبيع لم ينتقل عنه ومن قال بالانتقال فالشفعة للمشتري
الاول الا ان غير ذلك كما ترى وفي المسالك وغيرها ان الاعتبارات التي لا ترجع الى
دليل معتبر بحيث يخرج بها عن اصالة بقاء الحق وعن اطلاق ادلته كما قيل والامر
سهل والله اعلم نعم في المجمع والروضة انه يستحق الاخذ بالشفعة بنفس
العقد وان كان فيه خيار بناء على انتقال المبيع الى ملك المشتري به فلو
اوقفناه على انقضاء الخيار كالشيخ توقف على انقضائه وعلى المشهور
لا يمنع الاخذ من التخاير لاصالة بقاء الخيار فان اختار المشتري او البايع
الفسخ بطلت الشفعة والا استقر الاخذ وجعل بعض الاصحاب الاخذ
بعد انقضاء الخيار مع حكمه بملكه بالعقد نظرا الى عدم الفائدة فيه قبله اذ ليس
له انتزاع العين قبل مضي مدة الخيار لعدم استقرار ملكه والظاهر ان
ذلك جائز لا لازم بل يجوز قبله وان منع من العين والفائدة تظهر في
النماء وغيره الا ان غير ذلك كما ترى وفي غيرها مما لا يخلو بعضه من نظر او منع
فليلحظ وليتدبر والله اعلم قال رحمه الله وليس للشفيع تبعيض
حقه بل ياخذ الجميع او يدع اقول لا اعرف فيه خلافا كما
اعترف به بعضهم بل ربما نسب الى الاصحاب بالاصل ولنفي الضرر وللمنافاة
ذلك للاصل لشرعية الشفعة التي سببها عدم ارادة وقوع الضرر بالشريك
والتبعيض المزبور موجب له فيكون منفيا ودفع الضرر به لو اتفق
حصوله لا يقتضي شرعيته شرعا كما في سائر الاحكام الشرعية التي لا تتغير
برفع الضرر بخلافها فتامل جيدا والله اعلم ولو قال الشفيع اخذت نصف
المبيع خاصة بطلت شفعته وليس له العود الى اخذ الجميع للاصل ولا اطلاق
يخرج به عنه ولان العفو عن البعض يبطلها كما قيل والامر سهل ولو قال

اخذت

اخذت النصف وسكت فهل الحكم عليه باخذ الجميع او ببطلان شفعته ايضا
وجهان او قولان من استلزام صحة اخذ النصف اخذ الجميع شرعا بعد بطلان
التبعيض شرعا ومن منع الاستلزام المزبور مع اصالة الفساد ومع ظهور
اطلاق النصوص في عدم شرعيته كما قيل ولو اتفق قول ولكنه اخذت النصف
الآخر له على وجه لانه في الغررية الكل الحكم بصحته مع احتمال عدمها الفساد الاول
والتشكيك في شمول الاطلاق لنحو ذلك كما تخرج به عن الاصل ودليل احتمال
الصحة غير شامل للمذكور انفا فتامل جيدا والله اعلم قال رحمه الله ويأخذ
بالثمن الذي وقع عليه العقد ولو كانت قيمة
الشقص اكثر او اقل اقول لا خلاف في ذلك بل الاجماع بقسميه عليه
وهو المتحقق من النصوص الشرعية للشفعة بل لعل المشتبه منها بعضه مع
اصالة عدم شرعيتها في غيره ولا عبرة بالقيمة السوقية زادت او نقصت
نعم لو كان ذلك صوريا بين البايع والمشتري لاجل منع الشفيع مع بناء
البايع على رده الى المشتري صحت ونحوه [٢] فتامل جيدا والله اعلم قال رحمه الله
ولا يلزم ما يغرمه المشتري من دلالة او وكالة
او غير ذلك من المؤن اقول لا خلاف في ذلك ايضا بل ظاهرهم
الاتفاق عليه للاصل ولظهور النصوص بان المدار على نفس الثمن وليس من
واخلافه لا لغة ولا عرفا ولا شرعا بل ظاهر الجميع وجه عنه والعزم على المشتري
بحيث الوزن قد ادخله على نفسه باقدامه على شراء الشقص المزبور خصوصا مع العلم
بالحال والله اعلم قال رحمه الله ولو زاد المشتري في الثمن بعد

٢ لم يلزمه دفعه للاصل وانما يلزمه دفع ما تواطيا
عليه فقط حملا للنص وغيره على ذلك صح

العقد وانقضاء الخيار لم تلحق الزيادة بالثمن بل
كانت هبة لا يجب على الشفيع دفعها ولو كانت الزيادة
في زمان الخيار قال الشيخ تلحق بالعقد لانه بمنزلة
ما يفعل في العقد وهو يشكل على القول بانتقال
الملك بالعقد وكذا لو حطه البايع من الثمن لم يلحق
بالعقد اقول اما الاول فلا خلاف فيه ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه مع
الاصول السالمة عن المعارض عليها كما هو واضح والله اعلم واما الثاني ففيه وجهان
او قولان لعلهما مبنيان على القول بانتقال المبيع بمجرد العقد او بانقضاء
الخيار فعلى الاول لا تلحق الزيادة بالعقد وعلى الثاني تلحق به كما قيل ولكن
ظاهر تعليل الشيخ هو اللحوق بها على القولين الا انه لا شاهد عليه مع اصالة عدمه
ولا فرق في ذلك بين كون الخيار للبايع او للمشتري او لهما كما هو مقتضى تعليل الشيخ
وغيره واحتمال الفرق بينهما في غير محله والمتبادر من الثمن عرفا انما هو ما كان
مدخولا للباء فقط لا ما يشمله مع ما يبذل في زمان الخيار كما قد ينزل عليه كلام
الشيخ الا انه في غير محله لان الزيادة يقال انه بمنزلة الثمن لا انه من الثمن فلاحظ وتأمل
والله اعلم قال ره ولا يلزم المشتري دفع الشقص ما لم يبذل
الشفيع الثمن الذي وقع عليه العقد اقول ظاهره كغيره
ان الاخذ بالشفعة لا يتوقف على بذل الثمن قبله ولكن دفع المبيع المشفوع فيه
الى الشفيع يتوقف على ذلك على نحو تسليم المبيع قبل تسليم الثمن مع حصول
الملك للمشتري بالعقد وح فيكون الشفيع قد ملك المبيع بقوله شفعت
به واخذت بالشفعة ونحو ذلك ولكن لا يجب على المشتري تسليمه اليه حتى يسلمه
الثمن الذي قد وقع عليه العقد لاتحاد المناط فيهما ولانه هو المتيقن من النصوص
وغيرها

وغيرها ان لم يكن هو الظاهر منها وح فيتقابضان ولا يجب على الشفيع
دفع الثمن الى المشتري للاصل الذي لا مخرج عنه اصلا ولكن قد يدقق
بان هذه المعاوضة قهرية فيجب على الشفيع بذل الثمن اولا ليجبر
المشتري كما عن المبسوط والقواعد واللمعة والروضة وغيرها
بخلاف البيع ونحوه من المعاوضات الاختيارية التي يجب فيها التقابض
من دون تقديم احدهما على الاخر بتسليم العوض وقد يدفع بان
هذه القهرية انما هي في اصل التملك فيبقى التسلم على مقتضى المعاملة
الاختيارية كما هو المال اليه في الايضاح وغيرها وبعد ان المتبادر من
قولهم احق بالثمن انما هو تقديم دفعه الى المشتري ومن ثمة المنع
نعم لو قلنا بان حقيقة الشفعة انما هي التملك بدفع الثمن الى المشتري
بحيث يكون دفعه سبب لتملك الشفيع كما هو ظاهر كثير من
عباراتهم بل عن بعضهم التصريح به لاتجه لزوم تقديمه عليه ان
اراد الشفعة لتقدم السبب على المسبب التي انه مما لا شاهد على ذلك
واطلاق النص فلذا كان وان كان مراعاته هو الاحوط خروجا عن
شبهة النص والفتوى ودعوى ان الاخذ سبب قهري في التملك فيتم
بالدفع على وجه الكشف او النقل على نحو ما قيل به في الاجازة مدفوعة
بما قيل من انه لا دليل عليه مع اصالة عدمه وان الشفعة في معنى
المعاوضة اذ هي تابع البيع ودفع احد العوضين عن شرط

الذي هو شرط له ق

في تملك الآخر وانّه لو كان الدفع المزبور شرطا فيه لوجب ان يكون
فوريا كالاخذ فتبطل الشفعة ببعضه مع التمكن منه وامهال
الشفيع ثلثة ايام قد يدل على خلاف ذلك وليس في النصوص
ما يدل على الاشتراط المذكور والذي في رواية ابن مهزيار ان
كان معه بالمصر فلينتظر به ثلثة ايام ان اتاه بالمال والا
فليبع وبطلت شفعته في الارض وليس في كلام الاصحاب
تصريح في اشتراط ذلك بل ظاهر التذكرة عدم اشتراطه بل هو
كصريح وصريح المبسوط وغيره كما قيل وقد يجاب عن ذلك بمنع
ثبوت اطلاق في النصوص بحيث يقتضي ذلك بل اقصاه الاهمال
والمتيقن منه ان الشفعة من الحقوق كالخيار ونحوه لا من المعاوضات
المحتاجة الى التقابض كما يشهد له قولهم ان المشتري لا يكلف قبض
الشقص من البايع مع عدم قبضه منه وتسليمه الى الشفيع بل وقوله ع
فهو احق به من غيره وح فالمتجه حصوله واسقاطه بالفعل والقول
على نحو الخيار نعم يعم تسلط الناس على اموالهم وحقوقهم او لان الحقوق
حقوقهم كاموالهم كما قيل وح فلا اشكال في تحقق الاخذ بالشفعة مع
التخلية من المشتري والقبض من الشفيع مع دفع الثمن منه الى المشتري او
الرضا منه بالصبر عليه كما انه لا اشكال في تحققه ايضا باللفظ مع الدفع المزبور
او الرضا بالصبر عليه نعم يشترط الاجل الاخذ بهذا الاستحقاق احضار الثمن
فان ادعى غيبته اجل الاجل المزبور وبدونه لا اثر للاخذ بالاستحقاق
المزبور لا قولا ولا فعلا وعليه فيحمل عبارة الغنية والسرائر بل
والمتن ونحوه بل هو رواية ابن مهزيار ايضا كما قيل الا ان الرواية المزبورة

٧ الفرق

كالقيمة في تحقق الاخذ بالشفعة قبل دفع الثمن الى المشتري وانه
مع عدم دفعه اليه في مدة الاجل المضروب له شرعا تبطل شفعته
ان لم يرض المشتري بالصبر عليه والا لم تبطل ويستقر ملكه للشقص
بقول شفعت به ونحوه ونحو المتن قد يدعى ظهوره في ذلك ايضا
ونحوه الغنية مع تسليم ظهوره في ذلك مما لا اثر له عليه ان لم يكن على
عدمه مع اصالة عدمه وشيوع الاطلاق في غير محله وكون الشفعة من
الحقوق مع تسليم في نفسه غير قادح في لزوم تقديم دفع الثمن على الشفيع
والقطع بان القول المزبور بنفسه غير مملك للشقص محمد شرعا على مدعيه
ومجرد استبعاده مع تسليم في نفسه مما لا عبرة به شرعا بالتزام فوريته
مع امكانه الآن تم اجماع على عدمه والى بذلك فتم جيدا والله اعلم

قال ره ولو اشترى شقصا وعرضا في صفقة اخذ
الشقص بحصته من الثمن ولا يثبت بذلك للمشتري
خيار لان استحقاق الشفعة تجدد في ملك
المشتري اقول قد صرح بذلك كثير منهم من غير خلاف فيه بل عن ظاهر
حكى الاجماع عليه كثير منهم صريحا او ظاهرا لوجود المقتضي في الشقص بعد
الثوب ونحوه وانتفاء المانع اذ ليس الا ضميمة الثوب مثلا وذلك غير صالح
للمانعية للاصل واطلاق النص وغيره ولعدم وجود سبب الخيار له حتى
تبعيض الصفقة لان هذا التبعيض قد تجدد في ملك المشتري وليس ذلك من
اسباب الخيار شرعا للاصل والفرض ان عليه هو الذي قد ادخل على نفسه بالاقدام
على البيع المزبور من غير فرق بين العالم والجاهل كما هو اطلاق الاكثر او الجميع واحتمال

الفرق بينهما كما عن المقدس قده وغيره في غير محله خصوصا مع الجهل بالحكم الذي
لا يعذر فيه الجاهل كما هو واضح فتدبر جيدا والله اعلم قال ره ويدفع الشفيع
مثل الثمن ان كان مثليا كالذهب والفضة وان لم يكن
له مثل كالحيوان والثوب والجواهر قيل تسقط
لتعذر المثلية ولرواية علي بن رئاب عن ابي عبد الله ع
وقيل يأخذها بقيمة العرض وقت العقد وهو اشبه
اقول لا ريب في لزوم دفع المثل في الثمن المثلي والاكتفاء به في ثبوت الشفعة
فلا خلاف فيه ولا اشكال بل حكي الاجماع عليه كثير منهم صريحا او ظاهرا
مستفيضا او متواترا وخلاف الكاتب على تقدير ثبوته شاذ نادر لا يلتفت
اليه مع انه يستلزم سد باب الشفعة غالبا وهو المتيقن من النصوص بعد
تعذر الحقيقة كما هو المفروض ولكن قد يقال بان المتيقن منها الظاهر انما هو
صنف الثمن الذي قد وقع عليه العقد كالمحمديات المعينة والقرانات المعينة
ونحوهما ولو للسلامة ذلك الاقرب الى نفس الثمن بل قد يدعى انه هو بعينه عرفا وشرعا
ولو كان الثمن ودفعه المشتري فرارا منه الى البائع فعلى الشفيع ان يدفع اما
المشتري الفرد الاخر منه لا غير فلا يكفي دفع غيره مطلقا وان اتفق معه
جنس حتى انه لا يكفي ايضا في المحمديات والقرانات عنها فضلا عن غيرها
من باقي المسكوكات من الفضة فضلا عن غيرها من الذهب ودعوى شمول الثمن الواقع
في النصوص وغيرها للجميع لذلك لجريان المعاملة بين الناس بذلك كله فيتوجه الاول
واقوة المنع خصوصا مع اختلافه في نفس القيم الان بين اجناسها على نحو
بذلك وكذا البحث في باقي المثليات الواقعة ثمنا للشقص لان المدار
في الجميع كما هو واضح والله اعلم واما لو كان الثمن قيميا فان امكن دفع
الشفيع له بنفسه ولو بان يشتريه من البائع ويدفعه الى المشتري فلا ريب

في ثبوت

في ثبوت الشفعة له لاندراجه في النصوص وغيرها وانكاره قد يشبه المكابرة
وان لم يمكنه ذلك ففي ثبوت الشفعة له قولان احدهما عدم ثبوتها
كما عن الكاتب والشيخ في الخلاف وابن حمزة والفاضل في المختلف بل والتحرير
وولده في الايضاح لاحالة عدم قيام القيمة مقام العين والمحقق
الثاني وصاحب الكفاية وغيرهم بل عن الخلاف دعوى الاجماع عليه
وقد نسب الى الطبرسي والشيخ في النهاية والقاضي في المهذب بل في الدروس
انه مشهور كالقول الثاني والاول المحكي وغيره ولتعذر المثلية
كما قيل وللاخبار المرسلة في الخلاف ولخبر علي بن رئاب عن ابي عبد الله ع
عن رجل اشترى دارا برقيق ومتاع وبز وجوهر فقال ليس لاحد
فيها شفعة ونحوه عن [illegible] مسندا الى البيع ونحوه خبر المرتب
وفي كشف الرموز الا انه ابدل الدار بالدراهم وفيه ان الاستدلال به
مبني على ثبوت الشفعة في كل بيع كما هو غير بعيد ولكن لا يخفى ان المراد
الشراء والبيع الاول وقوله ع فهو احق بها من غيره بالثمن وانه
يتحقق ذلك في المثل لان الحقيقة غير مرادة اجماعا فيحمل على اقرب
المجازات الى الحقيقة وهو المثل كما قيل وثانيهما ثبوتها فيه كما عن الشيخ
في غير الخلاف والفاضل في غير المختلف وكثير منهم كما عن المفيد وابي الصلاح
وابن زهرة وابن ادريس والشهيدين وكاشف الرموز وغيرهم
بل نسب الى الاكثر او الى الاشهر او الى عامة من تاخر او الى الشهرة
العظيمة وقد يستدل عليه باطلاق ادلة الشفعة مع صدق الثمن عرفا على

القيمة السوقية لان المدار على المالية العرفية لا على خصوصيات الاموال
ولانه مع تعذر الحقيقة وعدم ارادة تجاوز الاقرب المجاز ان الى
العيب انما هو في نقص القيمة السوقية كما قيل الخ مع قصور النصوص المزبورة
سندا ودلالة عن تقييد الاطلاق المزبور خصوصا بعد اعتضاده
بالشهرة العظيمة الموهنة للمقيد مع تسليم دلالته على المطلوب مع
انه اخص من المدعى فقد يقتصر على موارده كما في قول الاغنى في ذلك مع
فالمشكوك فيه عند الان الا في التعجيل مستظهر ولا مخرج عن اصالة
العدم كما اعترف به بعض من تاخر فلاحظ وتدبر والله اعلم واما
كون القيمة وقت العقد فهو صريح الاكثر او الجميع ويشهد له كما في
النصوص ان تم بناء على شمولها للقيمة وقد يحتمل كونها وقت الحكم
او وقت الدفع او اعلى القيم او اقلها للاصل المقدم على الاخير في
امثال ذلك وقياس المقام على الضمان في الغصب ونحوه مع تسليم الحكم
فيه واضح السقوط فاحتمال بعضهم من القول بذلك في غير محله فتدبر جيدا
والله اعلم قال ره واذا علم بالشفعة فله المطالبة
في الحال فان اخر لعذر عن مباشرة الطلب
وعن التوكيل فيه لم تبطل شفعته و
كذا لو ترك لتوهمه كثرة الثمن فبان قليلا او
لتوهم الثمن ذهبا فبان فضة او حيوانا فبان
قماشا وكذا لو كان محبوسا بحق هو عاجز عنه
وعجز عن الوكالة اقول اما الاول فلا خلاف فيه ولا اشكال

بل الاجماع

بل الاجماع بقسميه عليه كما هو حقيقة الحال له المطالبة بها عندهم واما الثاني
فكذلك ايضا مع اصالة بقاء الحق وعدم سقوطه مع العذر عن اخذه و
المطالبة به بنفسه او بوكيله وافراد العذر العرفي كثيرة لا حصر لها وعن الغنية
في انه عقد لها بابا وقال وجملته ان الشفيع متى بلغته الشفعة فلم
ياخذها لغرض صحيح بان خاف في الطلب سقطت شفعته وقال
المحقق الثاني العذر كل امر لو ظهر له وقوع البيع عليه والغرض الصحيح قد
يتعلق بغيره فيستحق خلافه فالشفعة بحالها لا تبطل للعذر وفي المسالك
ان التاخير لغرض صحيح او لعذر ظاهر لا يخل بالفورية ولا تسقط به الشفعة
الى غير ذلك من كلماتهم ولعل ذلك لاطلاق ادلتها المقتصر على تقييده بغير
صورة العذر المقبول عند العقلاء واهل العرف ولان دليل الفورية
غير شامل لهذا الحال بل هو مختص بالتاخير لا لعذر اصلا ولو تحقق عذرية
بعض الامور فلا يبعد عدم سقوطها به ايضا لاصالة البقاء مع شمول
الاطلاق له ايضا ومن الاعذار كونه محبوسا بحق عاجزا عن ادائه
وعن التوكيل على الاخذ بالشفعة كما نص عليه كثير منهم ولا يعد عليه
العرف فلو فقد احد هذه القيود واخر سقطت شفعته نعم لو كان
فورية لهذا الحال مع انتفاء العذر المقبول عند العقلاء والمدار الحق
على ظاهر الشرع فلو قامت عليه البينة بدين شغلت ذمته فحبس لاجله وكونه
معتقدا كذب البينة عمدا او خطأ عذر شرعي في ذلك ولا يعتبر حبسه
بغير حق وان احتمله في الشهيدين وغيره الا انه في غير محله فتدبر جيدا
والله اعلم قال ره وتجب المبادرة الى المطالبة عند العلم
لكن على ما جرت العادة به غير متجاوز عادته في مشيه
ولو كان متشاغلا بعبادة واجبة او مندوبة لم تجب

عليه فقطعها وجاز الصبر حتى يتمها وكذا لو دخل
عليه وقت الصلوة صبر حتى يتطهر ويصلي متنفلا
اقول لا نعرف خلافا في شيء من ذلك بل ظاهرهم الاتفاق عليه لشمول
الاطلاق لذلك المقتصر على تقييده بما زاد على ذلك وفي المسالك
ان المراد بالطلب في هذه ونظائره هو الاخذ بالشفعة قولا او فعلا والطلب
كناية عنه فان حقيقة الطلب هنا منافية للفور المعتبر في الاخذ ولا مدخل
له فيه والمراد بالوجوب معناه اللغوي يعني ان المبادرة الى الطلب
ثابت والمبادرة الاشتغال بالاخذ ومقدماته حيث يتوقف عليه
على الوجه المعتاد ولا المبادرة بكل وجه ممكن فيكفي ما ذكره المصنف
وغيره كانتظار الصبح لو علم ليلا وانتظار الجماعة وتحري الرفقة حيث
يكون الطريق مخوفا ليصحبهم او وكيله وزوال الحر والبرد
المفرطين ولبس الخف ونحوه وغلق الباب والخروج من الحمام بعد قضاء
وطره لو سمع بعد دخوله والسلم على المشتري بعد وصوله اليه وتحيته
بالمعتاد ونحو ذلك هذا كله اذا كان غائبا اما لو كان مع حضور المشتري
فلا يعد شيء من هذه عذرا لان قوله اخذت بالشفعة لا ينافي شيئا
من ذلك وبالجملة فالمرجع في ذلك كله الى العرف فما يعده تقصيرا
وتوانيا يسقط به الشفعة وما لا يعده تقصيرا لا يسقط انتهى ذلك
تمام وفي غيره ما لا يخلو بعضه من نظر اقول الآن ظاهرهم مسلمية حصول
اصل ملك الشفيع بمجرد اللفظ ولعله كذلك كما لا يخفى على المتتبع
لعباراتهم وفي التحرير انه يملك الشفيع الشقص باخذه وبكل لفظ
دل على اخذه مثل اخذته بالثمن او تملكته به او نحو ذلك وفي التذكرة
ويملك الشفيع الاخذ بالعقد اما بالفعل بان ياخذ الحصة ويدفع
الثمن

الثمن الى المشتري او يرضى بالصبر فيملكه حينئذ واما باللفظ كقوله اخذته او تملكته او
افترت الاخذ وما اشبه ذلك عملا بالاصل مع عدم اشتراط اللفظ وقال بعض
ان فيه لا بد من لفظ كتملكت ونحوه والا فهو من باب المعاطاة وهو ممنوع
لان المعاطاة تتوقف على رضاهما ولا يتوقف الاخذ بالشفعة على رضى المشتري
الى غير ذلك مما فيها مما هو كالصريح في تحقق الملك للشفيع باللفظ الا انه
لا يستقر بدون دفع الثمن الى المشتري حقيقة او حكما بان يرضى المشتري
ببقائه في ذمته وما في بعض عباراتهم من انه لا يملك الا به انما يراد به ذلك
لا ما زعمه بعضهم من ارادة توقف اصل الملك عليه فلاحظ وتامل والله اعلم قال
ولو علم بالشفعة مسافرا فان قدر على السعي او
التوكيل فاهمل بطلت شفعته ولو عجز عنهما لم
تسقط وان لم يشهد بالمطالبة اقول ظاهره كغيره ان
ذلك من افراد العذر لا من افراد التاخير الذي لا يخل بالفورية العرفية وفي
المسالك وغيرها ان العذر الذي لا تسقط الشفعة معه بعدم الفورية
قسمان احدهما ما ينتظر زواله عن قريب كالاشتغال بالصلوة والطعام
وقضاء الحاجة ونحوها وهذا لا يجب عليه التوكيل معه بل ينتظر زوال العذر
وثانيهما ما لا ينتظر زواله عن قريب كالسفر والمرض والحبس ونحوها وهذا
يجب عليه المبادرة او التوكيل مع القدرة عليهما ويتعين احدهما مع
القدرة عليه خاصة والا بطلت شفعته لما فيه من طول المدة وعدم المسامحة
في مثله ولو عجز عن الامرين معا لم تسقط شفعته لعدم التقصير ولا يجب
الاشهاد على المطالبة عندنا وان حكي منه خلافا لبعض العامة للاصل

وعدم دليل على اعتباره وتجب المبادرة الى احدهما بعد زوال العذر
فورا او وقت امكانه ولو قصّر الوكيل في الاخذ لم يعد تقصيراً من
الموكل حيث لا يعلم بالحال هذا وقد يستفاد منها اجماعنا على عدم وجوب
الاشهاد على اخذه بالشفعة حال غيبته وكذا بعض عبارات
التذكرة وغيرها ومقتضاها معلومية كون الشفعة بالقول واتمام
الخلاف بين الخاصة والعامة في وجوب الاشهاد عليه شرطا في صحة
الاخذ المزبور على نحو شرطيته في صحة الطلاق او مقدمة لثبوته
شرعا مع انكار المشتري على نحو الاشهاد على البيع او على الرجعة
في صحة الطلاق الرجعي مع انكار المطلقة لها بعد انقضاء
العدة كما قيل الا انه في غير محله على الوجهين للاصل ولعدم
الفائدة فيه بناء على قبول قوله في حصول العذر له كما ان الحي
ظاهر الاصحاب كما عن صريح الفاضل وغيره من غير فرق بين كونه
لا يعلم الا من قبله وغيره ولعله لاطلاق ادلته المقتصر على تقييده
بصورة معلومية كون الاهمال لا لعذر اصلا هذا وفي القواعد
فاذا بلغه الخبر فلينهض الى الطلب فان منعه مرض او حبس في باطل
فليوكل ان لم يكن فيه مؤنة ومنة ثقيلة فان لم يجد فليشهد
فان ترك الاشهاد فالاقرب عدم البطلان قيل لان الحق قد
ثبت والاصل بقاؤه ولان فائدة الاشهاد ثبوت العذر وهو
يثبت باقرار المشتري او يمين الشفيع على نفي التقصير لان الاصل

معه

معه فلا اشتراك ولعموم دلائل الشفعة المتناولة لمحل البحث
ولكن قد قيل بان الاصح البطلان اذا لم يشهد لان الاشهاد
قائم مقام الطلب فتركه كتركه ولان الترك اعم من ان يكون لعذر
اولا ولا يعلم الاول الا بالاشهاد والشفعة على خلاف الاصل فتكون
المشتري مبقيا وقد يورد عليه بمنع المقدمة الاولى والثانية سواء
اريد بالطلب السعي او الاخذ بالشفعة وعن التذكرة انه اذا لم
يتمكن من المصير الى القاضي او المشتري ولا من الاشهاد فهل يؤمر
ان يقول تملكت الشقص او اخذته الاقرب ذلك منه فتنتجه
بناء على عدم قوة الاقتران المزبورة من جهة تعلق حق الشفيع
بالشقص المزبور مع اصالة الفوري وعدم شمول ادلة شرعية
الاقالة لمثل ذلك ان لم تكن ظاهرة في غيره ودعوى الاجماع على
صحتها ... على ... ثم لم يظهر ذكره من العبارات ... موقوفا
حق الشفيع مع نفي تسلط الشفيع على فسخها وجميع الشقص
الى المشتري فاخذه منه جمعا بين الدليلين او عدم تسلطه على ذلك
لان الواجب الطلب عند احدهما فان فات القيد لم يسقط
الآخر وقد يورد عليه بعدم الدليل على وجوب القول المزبور
مع اصالة عدمه بل الظاهر انه لا اثر له اصلا كما قيل الا ان ظاهرهم
الاتفاق على جوازه فعن التذكرة ايضا انه لا يشترط في تملك

الشفيع الشفعة بالشقص بحكم الحاكم ولا حضور الثمن ايضا ولا حضور المشتري
ولا رضاه عند علمائنا لان الاخذ بالشفعة كالرد بالعيب لا يحتاج الى
حضور المشتري ورضاه وعنها ايضا ان حضور المشتري او الحاكم او تسليم
غير شرط عند احمد بن المغيرة ... من كلماتهم الظاهرة او الصريحة في
ان للقول المزبور تأثيرا في التملك للمشفوع فيه ولكن في كونه
سببا تاما لتملكه وان وجب عليه دفع الثمن بعد ذلك فورا او كونه
سببا ناقصا يتم بدفع الثمن وجهان اقربهما الى ظاهر عباراتهم
هو الاول ولكن يتسلط المشتري على فسخه وابطاله اذا تعذر دفع
الثمن وبذلك يجمع كلماتهم فلاحظ وتأمل والله اعلم قال ره ولا
تسقط الشفعة بتقايل المتبايعين لان الاستحقاق
حصل بالعقد فليس للمتبايعين اسقاطه والدرك
باق على المشتري نعم لو رضي بالبيع ثم تقايلا
لم يكن له شفعة لانها فسخ وليست بيعا
اقول قد صرح بذلك كله كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف بل ظاهرهم
الاتفاق عليه ووجهه ظاهر من تعليل المتن وغيره كما في قضية اطلاق
ادلة الشفعة واختصاصها بالبيع فلا تجري في الاقالة عندنا كما ان
مقتضاها انتقال الشقص من المشتري الى الشفيع فيكون دركه عليه
كما لو لم يتقايلا اصلا وهذا متجه بناء على عدم صحة الاقالة المزبورة
من جهة تعلق حق الشفيع بالشقص المزبور مع اصالة الفساد وعدم
شمول ادلة شرعية الاقالة لمثل ذلك الا انه لم تكن ظاهرة في غيره ودعوى

الاجماع

الاجماع على صحتها عهدتها على مدعيها نعم ظاهر كثير من العبارات صحتها مع بقاء
حق الشفيع ومع ذلك تسلط الشفيع على فسخ ورجوع الشقص
الى المشتري واخذه منه جمعا بين الدليلين او عدم تسلطه على ذلك
ولكن يأخذ الشقص من البائع جمعا بين الحقين والدليلين كما قيل
وجهان وقد يدعى الاجماع على بطلان الثاني فيتعين الاول ومع
ففي كون الانفساخ بالاقالة من حين الفسخ او من اصله وجهان
اقربهما الى قواعد الفسخ انما هو الاول وتظهر الثمرة في النماء الذي
هو من توابع الملك كما في نظائره واما احتمال كون هذه الاقالة موقوفة
على اجازة الشفيع على نحو الفضولي او على عفوه على نحو فك العين
المرهونة بعد بيع المالك لها كما قيل فبعيد جدا بل قد يدعى الاجماع
على خلافه ولعل كثرة هذه الوجوه وغيرها من الاحتمالات التي لا مدرك
لها شرعا من القواعد مع عدم صحتها اصلا خصوصا بناء على كون الفضولي
على خلاف الاصل المقتصر فيه على المتيقن فتدبر جيدا والله اعلم قال ره ولو
باع المشتري كان للشفيع فسخ البيع والاخذ من
المشتري الاول وله ان يأخذ من الثاني وكذا
لو وقفه المشتري او جعله مسجدا فللشفيع ازالة
ذلك كله واخذه بالشفعة اقول قد صرح بذلك كله كثير
منهم من غير خلاف فيه بيننا يعرف كما اعترف به كثير منهم جمعا بين عمومات
البيع والوقف ونحوهما وبين عمومات الشفعة مع منافاته لمن جعل الله تعالى
الرشد في خلافهم كما قيل وقد يحكى بعدم صحة البيع وغيره لاصالة الفساد وعدم

طلقية ملكية المبيع من جهة تعلق حق الشفيع به على نحو تعلق حق الرهانة
به لا للقياس عليه كما زعمه بعضهم ونحو ذلك كتعلق حق الديان
بتركة الميت الذي لا يمنع من بيع الوارث لها وان تسلط على فسخه
مع عدم وفاء الوارث او غيره له كما قيل مما لا ثبت عليه اللهم الا
ان يتم اجماع عليها كما قد يظهر من ارسالهم لها ارسال المسلمات مع
عدم العثور على من لفقيها منا مع من لفقيه جعل الله تعالى الرشد في خلافهم
حيث قال بعدم صحة البيع والوقف ونحوها وقد انكره سائر الفقهاء
حتى قيل بان الظاهر اتفاق العامة والخاصة على خلافه لان حق
الشفيع للتملك لا يمنع من ذلك على نحو حق التملك للواهب بالرجوع
لا يمنع الموهوب له من ذلك التصرف وكما ان حق التملك للزوج
بسبب الطلاق لا يمنع الزوجة من التصرف في المهر كما قيل فكذا ان
ذلك من الاحكام ولذا لا يتسلط الواهب على فسخ بيع الموهوب له
ونحوه لا من الحقوق بخلاف حق الشفعة ولذا يتسلط الشفيع على
فسخ بيع المشتري والعمدة انما هو الاجماع او دعوى شمول الاطلاقات
والعمومات لمثل هذا البيع بناء على انها اسس للاعم وانها تنفر اخبار
الشرطية او المانعية مع اصالة عدمها الا ان المانع لها معارضا كما ستظهر
كما يظهر مما سبق في كتاب البيع وغيره مع انها لو شملت ذلك لدلت على
لزومه وعدم تسلط الشفيع على فسخه فيسقط حقه منه كما عن بعض
العامة ولا باس به ان لم يتم الاجماع على خلافه كما زعمه بعض متاخري
ودعوى انه سبق حق الشفعة موجب للحمل المزبور فيتخصص العمومات
يدفعها انه قد يحكم بانه ياخذ الشقص من المشتري الثاني كما مال اليه بعض
متاخري ايضا ان لم يتم الاجماع على خلافه فلاحظ وتدبر والله اعلم

ولو

٤٠

ولو قلنا بصحة البيع المزبور فهو بناء على ثبوت الشفعة ايضا فيتخير الشريك
بين اخذه من المشتري الثاني بالثمن الذي اشتراه به وبين فسخ شرائه واخذه
من المشتري الاول كما نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف كما اعترف به بعضهم
لشمول عمومات الشفعة لها فيكون التعيين اليه كما في نظائره ولكن قد
يمنع شمول دليلها لغير الشراء الاول مع اصالة عدم شرعيتها في الشراء الثاني
فيختص حقه بالاول على نحو الوقف والهبة وغيرهما مما لا شفعة فيه فلاحظ
وتامل والله اعلم قال رحمه الله والشفيع ياخذ من المشتري ودركه
عليه ولا ياخذ من البايع لكن لو طالب والشقص في
يد البايع قيل له خذ من البايع او دع ولا يكلف
المشتري القبض من البايع مع امتناعه وان التمس
ذلك الشفيع فيقوم قبض الشفيع مقام قبضه
ويكون الدرك مع ذلك على المشتري اقول قد
صرح بذلك كله كثير منهم من غير خلاف فيه بيننا يعرف كما هو ظاهر كثير من
عباراتهم المقتصرة على نسبة الخلاف فيه الى بعض العامة الذين قد جعل الله
الرشد في خلافهم مع موافقة ذلك كله للاصول والقواعد الشرعية ونصوص
الشفعة وانتقال الشقص من المشتري اليه فيكون دركه عليه وللاجماع على المنقولة
كما عن الغنية والسرائر وغيرهما صريحا او ظاهرا وتسلط الناس على اموالهم
ياخذونها اين ما وجدوها ولا يجب على غيرهم دفعها اليهم ودعوى ان الشفيع
بمنزلة المشتري من المشتري فعليه ان ياخذه من البايع ويسلمه اليه كما لو كان عند
غير البايع واضحة المنع لعدم معاوضة بينهما ولا تراض منهما وانما اخذه

الشفيع منه بثمنه قهرا عليه فعليه ان يدفع الثمن اليه ويسلم المبيع بنفسه
اينما كان ولا يجب على المشتري تسليمه اليه بنفسه بل يجب عليه رفع الموانع
التي من قبله حتى انه لو غصبه البايع وامتنع من دفعه الى الشفيع لم يجب
على المشتري ازالته ذلك لاصالة البراءة وعدمه [illegible] فاذا قبضه الشفيع
من البايع كان دركه على المشتري لان الشفيع قائم مقامه في القبض
المزبور كما هو واضح فتدبر جيدا والله اعلم **قال ره وليس للشفيع**
فسخ البيع ولو نوى الفسخ والاخذ من البايع
لم يصح اقول لا خلاف في شيء من ذلك ولا اشكال لاصالة اللزوم
السالمة عن المعارض بعد عدم الدليل على تسلطه على فسخ البيع
الواقع بين البايع والمشتري مطلقا حتى مع اتفاقه مع البايع على
الاقالة اذ لا سلطنة له على ذلك كساير العقود الواقعة مع
غيره ولا اثر لنيته الفسخ والاخذ من البايع على وجه يؤثر في فسخ
العقد لكن قد يقال بالغائية وحصول الملك له والانتقال
اليه من المشتري شرعا قهرا عليه ولا يتوقف تملكه على قصد كونه من
المشتري للاصل والاطلاق فعلى هذا [illegible] هو احق به من غيره كما قيل ودعوى
ان قوله فسخت البيع مناف للفورية فتسقط شفعته وكذا لو نوى
الفسخ وتعالى بمقدار القول المزبور [illegible] على [illegible] مع
جهله بالحال والتزام ان ذلك اخذ بشفعته وتملك للشقص
وان لم يكن مقصودا له تفصيلا فتامل جيدا والله اعلم قال ره

ولو

ولو انهدم المبيع او عاب فان كان بغير فعل المشتري
او بفعله قبل مطالبة الشفيع فهو بالخيار بين الاخذ
بكل الثمن او الترك والانقاض للشفيع باقية كانت الانقاض الآلات
في المبيع او منقولة عنه لان لها نصيبا من الثمن وان
كان العيب بفعل المشتري بعد المطالبة ضمنها المشتري
وقيل لا يضمنها لانه لا يملك بنفس المطالبة بل
بالاخذ والاول اشبه اقول ان تخييره على الوجه المزبور في
الصورة الاولى الشاملة لصور ثلاثة كما هو مقتضى اطلاق كثير منهم فقد
نص عليه كثير منهم بل هو المشهور كما اعترف به كثير منهم بل عن الغنية الاجماع
عليه ولعله الحجة مضافا الى اصالة عدم ضمان المشتري والى [illegible]
[illegible] واما انه قد تصرف في ملكه تصرفا سائغا فلا يكون مضمونا عليه واما
ان الفائت لا يقابل بشيء من الثمن فلا يستحق الشفيع في مقابلته شيئا
كما لو تعيب المبيع في يد البايع فان المشتري يتخير بين الفسخ والامضاء بجميع
الثمن الى غير ذلك مما لا يخلو بعضه من نظر او منع ولكن عن جامع المقاصد
ان فيه نظرا لان المشتري وان تصرف في ملكه الا ان حق الشفيع قد تعلق
به فيكون ما فات منه مضمونا عليه كما [illegible] عليه المبيع ولا استبعاد في تعلق ٢ عليه ح
[illegible] على ملكه اذا تعلق به حق الغير كالرهن اذا جنى عليه الراهن و
قد سبق في كتاب البيع وجه بالارش على البايع اذا تعيب المبيع في يده فينبغي
ان يكون هنا كذلك وقد نبه عليه المصنف في التذكرة والضمان ظاهر النافع
كما قيل الا ان الموجود فيه لعله موافق للمشهور فتدبر فيه وفي التذكرة
ما يوافقهم ايضا وان نبه فيها على احتمال الخلاف مع بطلان القياس على

البيع والرهن خصوصاً مع امكان الفرق بين المحقين كما هو غير خفي على
المتدبر هذا ومجرد عدم الاستبعاد غير قاض بالضمان شرعاً مع عدم الدليل
عليه فكيف مع قيام الدليل على عدمه كما هو ظاهر الخبرين وغيرهما وح
فيخص بهما دليل الضمان ان ثبت كما قيل ولكن قد يمنع دلالة النص
على غير الآفة السماوية فيمكن الفرق ح بينها وبين جناية المشتري بناءً
على اصالة الضمان فيها ففي المختلف انه ان كان ذلك بامر سماوي فالشفيع
بالخيار بين ان ياخذ بجميع الثمن او يترك وان كان بفعل آدمي كان
له ان ياخذ العرصة بحصتها من الثمن الى ان قال دليلنا ما رواه جابر
عن النبي ص انه قال الشفعة في كل مشترك من ربع او حائط ولا
يحل له ان يبيعه حتى يعرضه على شريكه فان باعه فشريكه احق به بالثمن
فثبت انه ياخذه بذلك الثمن فمتى قال ببعضه فقد ترك الخبر ونحوه
في نصوص اهل البيت ع الا انه لا دلالة فيه على التفصيل المزبور ان لم يكن
دالا على عدمه كما هو واضح والله اعلم واما كون الانقاض للشفيع
مطلقا فلا نعرف فيه خلافا بيننا كما هو ظاهر كثير من العبارات حتى لو قلنا
بعدم جريان الشفعة في المنقولات لاستحقاقها تبعا لها قبل انهدامها و
انفصالها ولانها ح من توابع الارض والدار فتعوضها ولان لها نصيبا من الثمن
كما قيل ولظاهر خبر ابن محبوب وغيره ولكن لحق بعض من جعل الله تم الرشد وظلامه
ولتقضي العزراء بتبعيض الثمن والله اعلم واما اختلافهم في الصورة الثانية فغير
محرر لانه ان اريد بالمطالبة فيها الاخذ بالشفعة والتملك بها فلا ريب في ضمان
المشتري لما يجنيه على الشقص المشفوع فيه كما في غيره من جناياته على اموال غيره ونحوها
ولم نعثر على مخالف فيه اصلا والعقل المرسل في كلام المتن غير منطبق عليه اذ لا يراد
به ذلك وانما يراد به طلب الشفعة وارادتها كما هو صريح تعليله وح فنتيجة
العقل بعدم ضمان المشتري لما يجنيه عليه كما عن الخلاف للاصل ولان فعله سائغ لانه
يتعقبه

يتعقبه ضمان كما قيل ولكن في غاية المرام ان المشهور ضمانه وهو المعتمد
لانه وان لم يملك العين بالمطالبة فقد تعلق حقه بالعين فلا يسوغ
للمشتري ايجاد ما يحدث نقصا فيه ولو احدثه كان ضامنا بل عن جماعة
دعوى الشهرة على ضمان المشتري لذلك بل عن الغنية الاجماع عليه
ولكن الموجود فيها انه اذا استهدم المبيع لا بفعل المشتري او هدمه
هو قبل علمه بالمطالبة بالشفعة فليس للشفيع الا الارض والالات وان
هدمه بعد العلم بالمطالبة فعليه رده الى ما كان بدليل اجماع الطائفة
وقد يراد بالمطالبة فيها الاخذ بالشفعة فلا ينطبق على محل البحث وعلى
شهرة غاية المرام وكان باقي الشهرات كذلك فلا تغفل عنه وفي الجامع
وان انهدمت الدار من غير جناية المشتري والاعيان باقية او تالفة وفي
الشفيع اخذها بالثمن كله والا تركها وان انهدمت بجناية المشتري و
الاعيان باقية فكذلك وان تلفت او غرقت او احترق بعض الوجه
بجناية اخذ الموجود بحصته من الثمن ولم يفصل بين الجناية قبل المطالبة
وبعدها ونحوه في عدم التفصيل المزبور عبارات ف وط و ية ونحوها
وح فشهرة غاية المرام محل نظر او منع وتعليله عليل لعدم معلومية
منافاة الحق المزبور من جواز التصرف في ماله ولو سلم ذلك فلم يعلم كونه
سببا للضمان عليه مع ان الحق للشفيع ثابت له بمجرد البيع وان لم
يطالب به كما هو مقتضى اطلاق النصوص وغيرها فح تنتقض ضمانه
مطلقا ولو قبل المطالبة كما مال اليه المحقق الثاني وغيره وتأكد الحق على انه
مع تسليمه في نفسه غير مجد في الفرق بينهما بعد اشتراكهما في اصل الحق ولا يلزم
من عدم نفوذ بيعه من جهة تعلق حقه به عدم جواز هدمه ونحوه مما هو
موافق للاصل والعمومات بخلاف فسخ البيع ونحوها مما هو مخالف لهما على الاظهر

فلاحظ وتدبر والله اعلم تنبيهات الاول ظاهر المتن ونحوه عدم الفرق
بين تعيب المبيع بشق وكسر ونحوهما وبين تعيبه بذهاب بعضه وتلفه كما هو مقتضى
اطلاق خبر ابن محبوب عن رجل قال كتبت الى الفقيه ع في رجل اشترى من رجل دارا
مشاعا غير مقسوم وكان شريكه الذي له النصف الاخر غائبا فلما قبضها وتحول
عنها انهدمت الدار وجاء سيل خارق فهدمها فذهب بها فجاء شريكه الغائب
فطلب الشفعة من هذا فاعطاه الشفيع على ان يعطيه ماله كملا الذي نقد
في ثمنها فقال ضع عني قيمة البناء فان البناء قد انهدم وذهب به السيل ما
الذي يجب في ذلك فوقع ع ليس له الا الشراء والبيع الاول انشاء الله بل لعله اظهر
فرادة الثاني فيكون دالا على الاول بالفحوى وعدم القول بالفصل بين
الامرين ولكن قد صرح كثير منهم بانه لو تلف شيء من اعيان المبيع كان للشفيع
اخذ الباقي بحصته من الثمن بل ظاهرهم ان ذلك خارج عن محل البحث
وانه متفق عليه بين الجميع فقصروا محل النزاع على غير ذلك ولكن التتبع
لعباراتهم والاطلاق جملة منها شامل للقسمين كالاطلاق المرسل وعن ط
انه اذا اشترى شقصا فوجب للشفيع فيه الشفعة فاصابه نقص او هدم قبل
ان ياخذ الشفيع بالشفعة فهو بالخيار بين ان ياخذه ناقصا بكل الثمن او
يدع سواء في ذلك كان بفعل المشتري او غيره او انهدم من غير فعل احد وكذا
ان احترق بعضها او كانت ارضا فغرق بعضها فللشفيع ان ياخذها
بجميع الثمن او يدع لانه ان هلك بامر سماوي اخذها ناقصا به وما انفصل
عنه من الآلة لانه جميع المبيع وقيل بانه بالخيار بين ان ياخذ الموجود بحصته
من الثمن او يدع والذي يقوى في نفسي انها اذا انهدمت وكانت الآلات باقية
فانه ياخذها والآلات بجميع الثمن او يتركها وان كان استعمل الآلات المشتري
اخذ العرصة وان احترقت اخذ العرصة بجميع الثمن او يتركه وعن النهاية ان
الغائب اذا قدم وطالب بالشفعة كان له ذلك ووجب عليه ان يرد

الآلة

مثل

مثل ما وزن من الثمن من غير زيادة ولا نقصان فان كان المبيع قد هلك
بآفة من جهة الله تعالى او من جهة غير المشتري او هلك بعضه بشيء من ذلك لم يكن له
ان ينقص من الثمن بمقدار ما هلك من المبيع ولزمه توفية الثمن على الكمال
فان امتنع من ذلك بطلت شفعته الى غير ذلك من عباراتهم التي ظاهرها ثبوت
الخلاف في صورة تلف البعض ايضا ولا يخلو من قوة كما مال اليه بعض من تاخر
عملا باطلاق النص وغيره ودعوى اقتضاء ذلك ظلم الشفيع وضرر عليه فلا يكون
مشروعا فيتقيد به اطلاق النص يدفعها انه لا يلزم بذلك كي يكون ضررا عليه و
ظلما له بل اليه الخيار فينظر ما هو مصلحته فان شاء اخذ الباقي بجميع الثمن وان شاء
تركه كما هو مقتضى اطلاق المتن وغيره وهو المتيقن من اطلاق ادلة الشفعة
ان لم يكن هو الظاهر منها كما هو غير بعيد فتدبر جيدا والله اعلم الثاني لو كان
الجاني على المبيع غير المشتري فلا ريب في ضمانه مقدار جنايته للمشتري كغيرها من
جنايات غيره على امواله وح ففي تعلق حق الشفيع بالبدل الذي
ياخذه المشتري وجهان من الاصل وكون المدفوع اليه كنماء المبيع قبل
اخذ الشفيع له ومن قيام البدل مقام المبدل عنه على نحو ما قيل به في
بدل العين المرهونة كما قيل وضعف الثاني ظاهر كقوة الاول وقد
يفرق بين بدل جزء العين الذي يقابل بالثمن فيتعلق به حق الشفيع
كالعين وبين بدل الاوصاف التي لا تقابل بل ببعض الثمن فيكون كالنماء
فهو احسن الا انه لا يرجع الى دليل معتبر فلاحظ وتدبر والله اعلم
الثالث لو قلنا بضمان المشتري للجناية على المبيع للشفيع نحو كونه كضمان
غيره فيدفع الشفيع جميع الثمن الذي وقع عليه البيع اليه وياخذ منه عوض
ما جناه على المبيع كي ياخذ المشتري من غيره او كونه سببا لنقصان ما يدفعه اليه
من الثمن فيقسم صحيحا بكذا ومعيبا بكذا فينقص من الثمن بنسبة ذلك وجهان

ايضاً اقربها الى لفظ الضمان انما هو الاول الا انه غير مراد لهم قطعاً فانه
قد يستلزم احاطته بالثمن بل او زيادته عليه في بعض الاحيان فتحقق
ارادتهم للثاني وانما لم يصرحوا به لمكان وضوحه عندهم فلاحظ وتامل
والله اعلم قال ره ولو غرس المشتري او بنى فطالب
الشفيع بحقه فان رضي المشتري بقلع غراسه
او بنائه فله ذلك ولا يجب اصلاح الارض و
للشفيع ان ياخذ بكل الثمن او يدع وان امتنع
المشتري من الازالة كان الشفيع مخيراً بين ازالته
ودفع الارش وبين بذل قيمة الغراس
والبناء ويكون له مع رضى المشتري وبين
النزول عن الشفعة اقول قد يتوهم عدم جواز الغرس
ونحوه من جهة تعلق حق الشفيع على نحو عدم جواز التصرف في الراهن
في العين المرهونة من جهة تعلق حق المرتهن الا انه في غير محله لان الاصل
وعموم تسلط الناس على اموالهم و[illegible] المتيقن منها انما هو
الاموال المطلقة التي لا حق لاحد فيها و[illegible] المنع نعم اذا قام
دليل على المنع من تصرفه كما في حق الراهن ونحوه لزمنا العمل به و
خصصنا العمومات به والا فالعمل عليها الا فيما اعتبر به الطلقية
كما في البيع ونحوه وح فيقع الغرس ونحوه حلالاً شرعاً على وفق الاصل
والعمومات ولا يكون المشتري ظالماً فيه للشفيع ولا حاجة الى تقييد المتن
ونحوه بما اذا كان ذلك بعد القسمة مع الشريك بدعوى اعلامه بالبيع
الموجب لثبوت حق الشفعة له في الشقص المبيع مع ان في صحة

هذه القسمة اشكالاً من جهة تعلق حق الشفيع به على نحو البيع ولا مخرج
عن اصالة العدم ولو لم ياذن الشريك بالغرس ونحوه لم يجز للمشتري فعله
كالبايع من جهة نفس الشركة لا من جهة تعلق حق الشفعة به كما هو محل البحث
ولو اذن الشريك بذلك ثم علم بالبيع الموجب لحق الشفعة له فان
تراضى المشتري والشفيع بوجه من الوجوه فلا اعتراض عليهما لانحصار الحق فيهما
وان لم يتفقا على بعض الوجوه فللمشتري ازالة غرسه وبنائه نصاً وفتوى
واجماعاً واعتباراً وفي وجوب اصلاح الارض بعد القلع على المشتري
وجهان او قولان وجههما ظاهر من التدبر فيما مر فتدبر وعلى تقدير عدم
الوجوب فهل يضمن المشتري للنقص الحاصل بفعله وجهان ايضاً او قولان
وظاهر المتن ضمانه لذلك فلا تغفل والله اعلم وان امتنع المشتري من
ذلك فللشفيع بعد اخذه بالشفعة ان يقلع الغرس ويزيل البناء لانهما
في ملكه المستقل له وعلى المشتري ازالة ذلك عنه على نحو ازالة البايع متاعه عن
المبيع وتسليمه الى المشتري شرعاً ومع فاذا امتنع منه تولاه الشفيع بنفسه
في وجه او بمراجعة الحاكم الزاجر للمشتري عن معصيته الحق ثم مطالبته بعد اشتغاله
عما يجب عليه كما هو الاعم اقتصاراً على المتيقن لخروجه من حرمة التصرف في مال
الغير بغير رضاه كما في نظائره نعم في وجوب دفع الارش الحاصل بالازالة
المذكورة في النخل ونحوه وجهان او قولان من الاصل واقدام المشتري
على ذلك حيث غرس في ملك المتزلزل ومن اذن الشريك له بالغرس وعدم
ظلمه للشفيع بذلك واحترام ماله فيجمع بين الحقين بقلع الغرس ودفع ارشه
الى المشتري ولا ريب في انه احوط ولكن في لزومه نظر فتدبر والله اعلم وفي
المسالك انه ان لم تنقص الارض بالغرس فلا بحث وان نقصت بذلك

فلو اخذ الشفيع له بجميع الثمن او بما عدا الارش وجهان اشهرهما الاول
كما هو مقتضى اطلاق المتن وغيره لان هذا النقص ليس له قسط من الثمن
فلا يضمنه المشتري كالنقص بالانهدام ولانه تصرف في ملك نفسه فلا
يتعقبه الضمان وقيل يحط الارش خصوصا اذا كان بعد المطالبة كما سبق
هذا اذا كان النقص بالغرس اما لو كان بالقلع فقط فظاهر اطلاق
المتن ونحوه يقتضي انه كذلك بان ياخذ بكل الثمن الخ مع احالة
النقص بالغرس او القلع وعدمه وهو الذي صرح به الشيخ والاكثر
معللين له بانه تصرف في ملك نفسه ما افاده الفاضل في المختلف وجوب الارش
ان ذلك باختيار المشتري لان النقص قد حدث في ملك الغير بفعله
لتخليص ملكه فيضمنه ويمنع كونه تصرفا في ملكه او جاز في ملكه وانما
حادث في ملك الشفيع اذ الغرض انه بعد الاخذ بالشفعة فلو امتنع
المشتري من الازالة تخير الشفيع بين ثلثة اشياء احدها القلع لانه له
تخليص ملكه عن ملك غيره وهل يلزمه نقص ارش البناء او الغرس بالقلع
قولان اشهرهما اللزوم لان النقص في ملك المشتري بفعله لمصلحته
فيجب ان يكون مضمونا عليه فان عرق المشتري غير ظالم ووجه العدم ان
التفريط حصل بفعل المشتري لانه غرسه في ارض مستحقة للغير فكما انه
وان كان مستحق للاخذ الا انه لم يخرج عن ملك المتصرف فيه وكما ليس
هو بعدوان غرس المستعير وهو في ان يجوز رجوع المعير وثانيها
بذل قيمة البناء والغرس سواء رضي المشتري بذلك ام لا لان فيه جمعا
بين الحقين ودفعا للضرر اللازم لكل منهما وقيل لا يجوز ذلك الا برضى
المشتري لانها معاوضة فتتوقف على رضى المتعاوضين والا لكان اكلا للمال بالباطل
منهيا عنه بالاية والرواية وهذا القول هو الاقوى نزول الشفيع عن الشفعة

في وجه على ... لتعلم الارش

كل

وهو واضح وعن المبسوط انه لا كلام فيه وعن جامع المقاصد انه لا بحث فيه
ولا ريب في وضوح مع نقض المشتري ذلك لخفاء تحقق فيهما على نحو التقابل
بين المتن فدين لشمول بعض الادلة لذلك او للقطع بعدم الفرق
بينه وبين المقام الا انه خ كما ان ليس من افراد التخيير كما فيكم من
العبارات واما مع عدم رضاه بذلك كما هو مقتضى تخييره ففيه واضح
للحالة اللزوم في الملك كما ونظائره اللهم الا ان يدعى الاجماع على ان
ذلك بعده فهو على المشتري على نحو اخذ الشفيع المبيع من المشتري فهو ان
يكون المملك وفسخ الملك بعيد شرعا الا انه محل نظر او منع وقد عرف
ان مراد الجماعة بالترك انما هو العفو عن الشفعة واسقاط حقه
منها قبل الاخذ فهو واضح السقوط كما لا يخفى على من لاحظ كلماتهم وتعليلاتهم
فلاحظ وتامل والله اعلم تنبيه قد ذكر ثاني الشهيدين وغيره انه كما
يجب بذل القيمة اما باتفاقهما او مطلقا لم تقدم مستحقا للبقاء في الارض
مجانا ولا مقلوعا مطلقا لانه انما يملك قلعه مع الارش فيقوم كذلك بان يقوم
قائما غير مستحق للقلع الا بعد بذل الارش او باقيا في الارض باجرة ان رضي
المالك بتعدية قيمته كذلك الا المشتري وان اختار القلع فالارش وهو ما نقص
من قيمته كذلك بعد قلعه وقيل في طريق القيمة ان تقوم الارض وفيها الغرس
وتقوم خالية فالتفاوت بينهما هو قيمة الغرس فيدفعه الشفيع او يدفع ما
نقص منه ان اختار القلع ويشكل بانه قد يكون لمقيمة كل من الغرس والارض
الى الاخر باعتبار الهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة وذلك تمامه
لا يستحقه المشتري فكيف يكون ما عدا قيمة الارض خالية عن مجموع القيمتين
حقا للمشتري فالمتجه هو الاول وقد يقال بانه مع اتفاقهما وتراضيهما على

بعض الوجوه لا حاجة الى ملاحظة التقويم المزبور بل يتبع ما تراضيا عليه
كائناً ما كان لأن الخيار يلحق فيها وانما في ج اما ذكرت بناءً على لزوم قبول
المشتري للقيمة التي يبذلها الشفيع كما نسب الى الاكثر بل الى الجمهور الاصحاب
وح فيتجه التقويم على وجه لا ضرر فيه على المشتري بان يلاحظ قيمة الغرس
حال قلع المشتري له الذي كان واجباً عليه شرعاً فتدفع اليه لان ذلك
تمام حقه اذ لا يستحق بقائه مجاناً او باجرة يبذلها للشفيع فيقبلها
قهراً عليه كي يكون قيمته ارزح تلك القيمة التي بذله بعد ان عنده
بقلعه بنفسه وكذا لا نصيب له في الهيئة الاجتماعية المنتفية بقلعه
ولا يضمنها للشفيع اصلا للاصل وغيره ولا حاجة بعد ذلك الى التوصل
الى اشكالات الفقهاء عليه والى توجيه شراحها والى ايراد بعضها على
بعض اذ لا ثمرة مهمة في ذلك فلاحظ وتامل والله اعلم قال ره
واذا زاد ما يدخل في الشفعة تبعاً كالودي
المبتاع مع الارض فيصير نخلة او الغرس من
الشجر فعظم فالزيادة للشفيع اما النماء المنفصل
كسكنى الدار وثمرة النخل فهو للمشتري اقول
قد صرح به كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف كما اعترف به كثير منهم لدخول النماء
المتصل في نصوص الشفعة التي قد علقت على الدار والبستان ونحوها على
دخوله في المبيع فان المشتري بمنزلة البائع على الشفيع الذي هو بمنزلة
المشتري منه في نحو ذلك ولان النماء المنفصل نماء ملكه فيكون له كسائر
نماءات الاملاك وكونه متزلزلا في الجملة غير مناف للتبعية المزبورة ٢ منه ره
كالنماء في زمن الخيار ونحوه ويلحق به ان لم يكن من افراده عرفا السعف

والاغصان

والاغصان المنفصلة عن النخل والاشجار دون المتصلة وان
كانت يابسة مشرفة على الانفصال لانها تابعة لها عرفا وكذا
الصوف ونحوه بناء على ثبوت الشفعة في الحيوانات واما النخلة ٢ مثلا ره
التي قد ماتت عند المشتري ثم اخذ الشفيع بحقه فان بقائها على
ملك المشتري كالنماء المنفصل او دخولها في ملك الشفيع لانها
عين المبيع الذي قد بذل الثمن في مقابلته وجهان لعل اقربهما
الثاني خصوصا مع موت الكثير او الجميع لظهور اندراجه في المبيع
الذي ياخذه الشفيع بالثمن وكذا الاخشاب والاحجار التي تنفصل
من الابنية لاتحاد المناط في الجميع كما هو واضح فتامل جيداً والله اعلم
قال ره ولو حمل النخل بعد الابتياع فاخذه
الشفيع قبل التأبير قال الشيخ الطلع للشفيع
لانه بحكم السعف والاشبه اختصاص هذا الحكم
بالبيع اقول كما اختاره الفاضل وكثير ممن تأخر عنه بل لعله
المشهور بين المتأخرين اذ مطلقا لمخالفة البيع للاصول بلا دليل
خاص به مع بطلان القياس عليه عندنا ولكن عن ط
انه للشفيع لانه بحكم السعف ولانه يتبع الاصل في البيع فكذا هنا
كما لو باع النخل بعد الطلع وقبل التأبير فانه يكون الطلع للمشتري

فكذلك يكون للشفيع اذا اخذه قبل التأبير لان المقتضي للتبعية
في البيع ليس الا كونه جزءاً من المبيع فكذا هنا فيكون كسائر
اجزاء المبيع وصفاته كما قيل وضعفه ظاهر كما لا يخفى على ذوي
البصائر هذا وعن الخلاف والمبسوط ايضاً انه اذا باع
النخل منضماً الى الارض وهي مثمر وشرط دخول الثمرة
في البيع كان للشفيع اخذ ذلك اجمع لعموم الاخبار ونحوه
عن التذكرة في غير المؤبر ولا بأس به بناء على العمل بالعموم المزبور
كما هو غير بعيد بل وبناء على ضميمة المنقولات الفعلية منه
فقط لعدم كون الثمرة المزبورة من المنقولات فعلاً حين
البيع ولم يثبت كونها بحكمها شرعاً بالنسبة الى ذلك نعم
لو قلنا بعدم دخولها في العمومات فالمتجه كون ذلك كله من ضميمة
ضم المشفوع فيه الى غيره فيجري على كل واحد منهما حكمه بحصته من
الثمن كما في نظائره فتأمل جيداً والله اعلم تنبيه قد صرح كثير
منهم بان المشتري يستحق بقاء الثمرة الى اوان اخذها مجاناً
بل لا اجد فيه خلافاً كما اعترف به بعضهم لان له امداً ينتظر ولان
حق الشفيع ان يأخذ المبيع على ما هو المقرر له شرعاً من الاحكام
كما قيل والامر سهل والله اعلم قال رحمه الله ولو باع شقصين
من دارين فان كان الشفيع واحداً فاخذ منهما
اوترك

او ترك جاز وكذا ان اخذ من احدهما
وعفى عن شفعته من الاخرى وليس كذلك
لو عفى عن بعض شفعته من الدار الواحدة
اقول لا اعرف خلافاً في شيء من ذلك للاطلاقات والعمومات
ولتعدد الصفقة حكماً في الدارين ولتعدد سبب الشفعة
فيهما ففي كل واحد منهما شفعة مستقلة وعلى هذا فلا تبعيض
في الشفعة فيهما بخلاف الدار الواحدة لتحقق التبعيض فيها لغة و
عرفاً ولاتحاد سبب الشفعة فيها فيمنع منه على نحو ما سبق فتأمل
جيداً والله اعلم قال رحمه الله ولو بان الثمن مستحقاً فان
كان الشراء بالعين فلا شفعة لتحقق البطلان
وان كان في الذمة ثبتت الشفعة لثبوت
الابتياع ولو دفع الشفيع الثمن فبان مستحقاً
لم تبطل شفعته على التقديرين اقول اما الاول
فلا ريب فيه مع عدم اجازة مالك الثمن والا صح البيع وثبتت
الشفعة كما هو واضح كوضوح عدم البطلان في الثاني لان ثبوت
الشفعة متفرع على صحة البيع والمفروض صحته على تقدير كون
الثمن مملوكاً للمشتري اعني الذمة والمدفوع من الشفيع معيناً
٢ عيناً ح

بالدفع وكونه ملكا لغيره غير قاض لسقوط شفعته بل هي ثابتة
بمجرد صحة البيع ولا تسقط الا بالاسقاط او بالتاخير لا لعذر
بناء على انها على الفورية وقد تعسف الشراح في بيان المراد
من التقديرين واطالوا بما لا طائل في النقض له فلاحظ و
تامل والله اعلم قال ره فلو ظهر في البيع عيب
فاخذ المشتري ارشه اخذه الشفيع بما
بعد الارش وان امسكه المشتري معيبا
فلم يطالب بالارش اخذه الشفيع بالثمن
او ترك اقول اما الاول فقد نص عليه كثير منهم من غير
خلاف فيه يعرف ولا باس به بناء على ان الارش جزء من الثمن
واما بناء على انه غرامة شرعية للمشتري وان الثمن ما وقع
عليه العقد ففي سقوط مقداره عن الشفيع تامل ولا يخرج
عن اصالة العدم وعموم المطلق فعليه احق بالثمن المتبادر
منه ما وقع عليه العقد بتمامه والمفروض انه لم ينقص منه شيء
فيكون ح كالتنزيل باخذ المشتري عن عيبه ارش وهناك
قيل مدفوع باصالة العدم وقد يجاب لذلك بتتمة عند نقض المقام
لنحوه الخ ره والنجم والله قال ره مسائل ست
الاولى لو قال اشتريت النصف بمائة فترك

ثم بان انه اشترى الربع بخمسين لم تبطل الشفعة
وكذا لو قال اشتريت الربع بخمسين فترك
ثم بان انه اشترى النصف بمائة لم تبطل
شفعته لانه قد لا يرغب في البيع الناقص
وقد لا يكون معه الثمن الزائد اقول قد صرح بذلك
كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف لاصالة بقاء الشفعة وعدم المقتضي
لبطلانها بعد كون الترك لعذر معقول عند العقلاء بل قد يتحقق
بانه لو اسقط حقه تعويلا على اخبار المشتري او غيره بكيفية
خاصة لا توافق غرضه ثم بان خلاف ما اخبر به وان ما وقع
عليه العقد يوافق غرضه لم يسقط حقه بذلك الاسقاط
الناشئ عن الكذب عليه الذي هو كالمقيد بذلك فينتفي بانتفاء قيده
ولا يترتب عليه اثر بعد نعم لو اسقط على كل حال وكان ذلك
الكذب عليه داعيا الى اسقاطه مطلقا فلا يبعد سقوطه كما في
نظائره فتامل جيدا والله اعلم ولو قال المشتري للشفيع انك
اسقطت حقك مطلقا فقال الشفيع اسقطته مقيدا ولم اسقطه
مطلقا كان للمشتري عليه اليمين فان حلف اخذ بحقه وان نكل او رد
اليمين جرى عليه حكمه ولو مات الشفيع ولم يعلم حاله الحق بقاء حقه لاصالته
كما في نظائره والله اعلم قال ره اذا بلغه البيع فقال اخذت الثالثة

بالشفعة فان كان عالما بالثمن صحّ وان كان
جاهلا لم يصح ولو قال اخذت بالثمن بالغا
ما بلغ لم يصحّ مع الجهالة تقصّيا من الغرر اقول
هذا كله متجه بناء على جريان حكم البيع على الاخذ بالشفعة او بناء
على عموم النهي عن الغرر وشموله للبيع وغيره مطلقا حتى لو كان
الثمن معلوما معيّنا في الواقع معلوما عند الشفيع بعد الفحص عنه
وقيام الحجة عليه مضافا الى اصالة الفساد والى انه هو المتيقن
من ادلة الشفعة ان لم يكن الظاهر والمتبادر منها خصوص حال
العلم بالثمن فقط كما هو غير بعيد ان لم يكن عليه اجماع كما هو مقتضى
ارسالهم لذلك ارسال المسلّمات وان خلت عن ذلك كثير
من عبارات القدماء والامر في ذلك سهل والله اعلم قال ره
الثالثة يجب تسليم الثمن اولا فان امتنع الشفيع
لم يجب على المشتري التسليم حتى يقبض اقول قد
صرح بذلك كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف لظهور ادلة الشفعة
في ذلك وللغرر من جبر وحق المشتري بالاخذ منه قهرا عليه
بخلاف البيع ونحوه مما هو مبني على التراضي من الجانبين فلم
يكن احدهما اولى من الاخر في تقديم التسليم فيتقابضان معا ١٢ انه
ومن هنا قيل بوجوب تسليم البائع اولا فيكون هنا اولى كما قيل

ولانه



ولانه لا يملك الشفيع الا بدفع مثل الثمن فعليه تقديمه اولا بخلاف
البيع ونحوه كما قيل الا ان الحصر المذكور محل تأمل بل هو على خلاف
ظاهر ما ذكروه في المسألة الثانية من معلوميته بعدمه فلاحظ
ولا تغفل والله اعلم قال ره الرابعة لو بلغه ان المشتري
اثنان فبان واحدا او واحد فبان اثنين او
بلغه انه اشترى لنفسه فبان لغيره او بالعكس
لم تبطل الشفعة لاختلاف الغرض في ذلك اقول
لا ريب في ان المدار في امثال ذلك على كون التاخير لغرض صحيح عند
العقلاء او لمجرد الرغبة عن الشفعة وعن ارادتها فان كان
الاول لم تبطل ~~وان بطلت~~ لعدم اخلاله بالفورية المعتبرة عندهم
والا بطلت لاخلاله بها فتدبّر جيدا والله اعلم قال ره الخامسة
اذا كانت الارض مشغولة بزرع يجب تبقيته
فالشفيع بالخيار بين الاخذ بالشفعة في الحال
وبين الصبر حتى يحصد لان له في ذلك غرضا
وهو الانتفاع بالمال وتعذر الانتفاع بالارض
المشغولة وفي جواز التاخير مع بقاء الشفعة
تردد اقول فيه نظر من اصالة الجواز مع اطلاق ادلة الشفعة ومع اصالة
بقائها مع كون التاخير لغرض مقبول عند العقلاء كما قيل وفيه منافاة



ذلك للفورية بناء على اعتبارها لعدم كون ذلك عذرا مقبولا
عند العقلاء على نحو ما لو باع الشقص في وقت لا ينتفع به
فانه لا يجوز له تأخير دفع الثمن الى وقت الانتفاع به فلو
اخره في هذا الحال بطلت شفعته اجماعا كما في المسالك وغيرها
نعم قد يتجه التخيير المزبور بناء على عدم الفورية في الشفعة كما هو
احد القولين فتدبر جيدا والله اعلم تنبيه قد ذكر كثير منهم صورا
للزرع الذي يجب تبقيته عليه شرعا مجانا [2] لا يجوز له قلعه
كالغرس ونحوه فارقين بينهما بان للزرع امدا ينتظر بخلاف الغرس
ونحوه الا انه لا يرجع الى دليل معتبر شرعا يخرج به عن الاصول والعمومات
وعن المجامع ان للشفيع ان يجبر المشتري على قلع الزرع بعد ضمان
الارش كالغرس بل ربما مال بعض من تأخر الى ان له ذلك بدون
ارش للاصل وعدم صدق الاتلاف عليه بل قد يتجه ذلك ايضا فيما
لو باشر الشفيع القلع بعد امتناع المشتري عنه وعصيانه بذلك
على نحو ما سبق ولاقدام المشتري على الزرع في ارض متزلزلة الملك
كما سبق ونظائره وقياسه على شراء الارض مشغولة بزرع البائع
الذي يجب على المشتري تبقيته الى اوان حصاده من غير اجرة نعم قد يتجه
ذلك فيما لو كان الشقص مشغولا بزرع البائع سواء اتفق على ملكه
او دخل في ملك المشتري بشرط ونحوه ولم يدخل في ملك الشفيع والا

فلا اشكال

[2] او باجرة على وجه حق

فلا اشكال في ذلك كما هو واضح فتدبر جيدا والله اعلم قال السادسة
اذا سئل البائع الشفيع الاقالة له فاقاله لم
يصح لانها انما تقع بين المتعاقدين اقول لا اشكال
في ذلك للاصل ولعدم معاملة بين البائع والشفيع لا قهرية ولا
اختيارية وانما الاشكال فيما لو طلب المشتري الاقالة من الشفيع
او طلب الشفيع الاقالة من المشتري لان المعاوضة بينهما وان
كانت قهرية من جانب المشتري ولكن قد يقال بان المتبادر من ادلة
الاقالة انما هو البيع او مطلق المعاوضة الاختيارية من الطرفين
مع اصالة عدم شرعيتها هنا خصوصا بناء على انها ايقاع او حكم فتدبر
جيدا والله اعلم قال المقصد الرابع في لواحق الاخذ
بالشفعة وفيه مسائل الاولى اذا اشترى
بثمن مؤجل قال في المبسوط للشفيع اخذه بالثمن
عاجلا وله التأخير واخذه بالثمن في محله وفي
النهاية يأخذه عاجلا ويكون الثمن عليه
ويلزم كفيلا بالمال ان لم يكن مليا وهو اشبه
اقول بل الاشبه اخذه عاجلا بالثمن المؤجل لانه هو المتبادر من قولهم
احق بالثمن الذي وقع عليه العقد بل قد يستفاد منه انه ان كان له

المشتري قد اعطى البايع على الثمن رهنا او كفيلا فعلى الشفيع مثل
ذلك ايض وان لم يكن قد اعطاه ذلك لم يكن عليه شيء من
ذلك ودعوى الاجماع على خلاف ذلك عهدتها على مدعيها بل لعل
اطلاق عبارات كثير من القدماء التي هي كالنصوص شاهد على عدمها
ايض هذا مع اصالة عدم وجوب ذلك عليه خصوصا مع كونه مليا
والضرر على المشتري مع تسليم تحققه هو الذي قد ادخله على نفسه باقدامه
على الشراء المزبور الذي يترتب عليه حق الشفيع ودعوى عدم
ثبوت الشفعة مع كون الثمن مؤجلا للاصل ولان المتبادر من
النصوص ان رعيتها انما هو مع حلول الثمن فقط واضحة المنع
بل قد يدعى الاجماع البسيط والمركب على عدمها اذ ضية المحكية
وكافة من تأخر عنه كما اعترف به بعضهم موافقة الشيخ في النهاية
وهو المنقول عن المقنعة والمهذب والغنية والسرائر وعن الخلاف
نسبته الى قوم من اصحابنا الا عن ذلك كتب في ذلك الى المشهور
بل الى الاصحاب بعض الكاتب والطبرسي كما نسب اليهما موافقة
الشيخ في المبسوط والخلاف ومن ثم لم يقف لمن على ثبوتها في الجملة
بل قد يدعى اجماع المسلمين على ذلك مع استلزام عدمه لسقوط
الشفعة غالبا بان يؤجل الثمن ولو باجل قليل وذلك مما
ينافي حكمة شرعية الشفعة التي هي دفع الضرر عن الشريك كما في
بعض النصوص وغيرها ودعوى ان العمل بظاهر النصوص ينافي
لما دل

لما دل على فورية دفع الثمن الى المشتري وانه شرط في تملك الشقص المزبور
يدفعه امكان التزام ان مثل ذلك عذر عند العقلاء فلا يقدح
في الفورية المعتبرة عند القائل بها او التزام ان الفورية انما هي
في اصل الاخذ بها واما دفع الثمن فعلى قواعد المقررة في البيع
جيدا والله اعلم تنبيه لو مات المشتري قبل اخذ الشفيع حل ما عليه من
الثمن فلو اخذ الشفيع وجاء الثمن المؤجل في ذمته ثم مات المشتري
قبل حلول الاجل لم يحل ما على الشفيع للاصل وخصوص عموم النصوص
الدالة على حلول الدين فما عن بعضهم من حلوله على الشفيع بموت
المشتري لانه بمنزلته ولانه لو لم يأخذه بالشفعة يحل الدين المزبور
فكذا لو اخذها كما قيل في غير محله لعدم التلازم بين موت المشتري
وحلول الدين على الشفيع لا عقلا ولا شرعا بل ظاهر الادلة
الشرعية عدمه وانه لو مات الشفيع حل ما عليه وان كان المشتري
حيا هذا وفي الرياض بعد حكاية القولين ان المتجه هو التخيير بين الامرين
الذين ذكرهما الشيخ في المبسوط والخلاف وجعل ذكره في النهاية وعليه
الاصحاب وهو في غاية القوة ان لم يكن احداث قول ثالث في المسألة
ولا يخلو من نظر فتدبر والله اعلم قال (ره) الثانية قال المفيد
والمرتضى الشفعة تورث وقال الشيخ لا
تورث تعويلا على رواية طلحة بن زيد

فيصح ترجيح والأول اشبه تمسكا بعموم الآية

اقول وبقوله ص ما ترك الميت من حق فلوارثه المشهور رواية وعملا من اعيان الطائفة كما قيل بل عن ظاهر السيد وظاهر ابن ادريس الاجماع عليه وهو حجة الكاتب والشيخ في بعض الخلاف وكثير منهم وبان ذلك كحق الخيار ونحوه كما قيل ولكن عن النهاية وموضع من الخلاف انها لا تورث للاصل مع الشك في شمول العمومات كتابا وسنة لذلك حتى المرسل المزبور اذ لعله من الاحكام كحق رجوع الواهب في الهبة الذي لا ينتقل الى الوارث بعد موته عندهم ولخبر طلحة عن الصادق ع عن ابيه عن امير المؤمنين ع انه قال الشفعة لا تورث وخبره عنه ع عن ابيه ع عن الامير ع انه قال لا شفعة الا لشريك غير مقاسم وقال ان رسول الله ص لا يشفع في الحدود وقال ع لا تورث الشفعة المعتضد نفسه كما قيل المنجبر بعمل ابن البراج وحمزة والطبرسي وغيرهم بل عن المبسوط نسبته الى الاكثر وعن المقدسية وغيره الميل اليه ولعله ظاهر الفقيه ونحوه ودعوى شذوذ القول به والاعراض عنه على وجه يقصر عن تخصيص العمومات مع تسليم شمولها لذلك محل منع كدعوى الاجماع على خلافه فلاحظ وتامل والله اعلم قال ع الثالثة

وهي تورث كالمال فلو ترك زوجة وولدا فللزوجة الثمن وللولد الباقي ولو عفى

احد

احد الورثة عن نصيبه لم يسقط وكان لمن لم يعف ان ياخذ الجميع وفيه تردد ضعيف

اقول اما كون ارث الشفعة كارث المال يقسم على حسب السهام المقررة في الكتاب والسنة للانساب والاسباب القريبة والبعيدة فلا نعرف فيه خلافا كما اعترف به بعضهم بل ظاهر ارسال كثير منهم له ارسال المسلمات انه من الاجماعيات والقطعيات وهو مقتضى شمول ادلة الارث لذلك وربما توهم من بعض العبارات كون قسمتها على عدد الرؤس كقسمتها مع تعدد الشركاء على القول بثبوت الشفعة معه الا ان الاصل ممنوع ولو سلم فالقياس باطل والمناط غير متحد والدليل مختلف فلا ينبغي الاشكال في ذلك هذا ولعل ذكر الزوجة في نحو المتن لمعرفة توهم حرمانها من هذا الحق كما تحرم من اعيان الارض خصوصا مع كونها من متعلق الشفعة وعلى الاحتمال ان لا تقسم مع الولد نصفين لانهما اثنان كما عن بعض العامة الذين جعل الله تعالى الرشد في خلافهم فلاحظ وتامل والله اعلم واما عدم سقوط الشفعة بعفو البعض عن نصيبه فقد نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف في حالة البقاء ولانها شفعة واحدة مشتركة بين الجميع فلا تسقط بعفو البعض او اسقاطه حصته كما في نظائره واحتمال كونه كاسقاط المورث لبعض حصة المقتضي لسقوط جميعها كما قيل ضعيف جدا بل قد يقطع بعدمه لظهور الفرق بينهما ولكن في كون حصته للمشتري او لباقي شركائه وجهان اصحهما الثاني

كما اتفق عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف كما قيل لانه حق واحد والشفعة التي لا يسوغ
التبعيض فيها شرعا مط وان رضي المشتري فان رضاه لا يغير
غير المشروع مشروعا ودعوى انها بمنزلة شفعات متعددة فلا
تبعيض في شفعة واحدة واضحة المنع اذ لا دليل على التعدد بل التعدد
مع اصالة عدمه فاحتماله ضعيف جدا كما عن التذكرة من ان الوجه
ان حق الشافع للمشتري في غير محله بل هو دقيق بعدم تأثير عفو البعض
او اسقاطه لحقه للاصل وعدم شمول دليل تسلط على حقه لمثل
هذا الحق المشترك بينه وبين غيره وح فله اخذه مع شركائه
لاصالة بقائه ودعوى مخالفته للاجماع محل منع هذا ولو كان
الوارث واحدا فعفى عن بعض حقه جرى عليه حكم عفو المورث
عن بعض حقه لاتحاد المناط فيهما الى غير ذلك من الفروع
المتصورة هنا التي لا ثمرة مهمة في التعرض لها وان اطنب فيه
بعض من تأخر فلاحظ وتدبر والله اعلم قال ره الرابعة
اذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة
قال الشيخ سقطت شفعته لان الاستحقاق
بسبب النصيب اما لو باع قبل العلم لم تسقط
لان الاستحقاق سابق على البيع ولو قيل
ليس

ليس له الاخذ في الصورتين كان حسنا
اقول ذكر ثاني الشهيدين وغيره ان الاصحاب قد اختلفوا في المسئلة
مع فرض عدم سقوط الشفعة من جهة اخرى سوى البيع المذكور على
اقوال احدها عدم بطلان الشفعة به مط كما مال اليه بعض من تأخر
وذلك لكن نسبته الى اكثر المص ولعله لسقوط كلمة ليس في بعض
النسخ التي لم نعثر عليها او في كتاب آخر والا فمحقق النسخ المشهورة
مصيره الى بطلانها مط نعم قد جزم به بعضهم تمسكا باصالة البقاء
لان الاستحقاق قد ثبت بالشراء السابق على بيعه فيستصحب لاصالة
عدم السقوط ولقيام السبب المقتضي لها وهو الشراء فيجب الحكم بحصول
المسبب وثانيها سقوطها في الموضعين كما عن الفاضل وجماعة
لان السبب في جواز الاخذ ليس هو الشراء وحده بل هو مع الشركة
وقد زال احد جزئي السبب وزوال الكل فلا يكفي وجوده حال
الشراء لظاهر قولهم لا شفعة الا لشريك غير مقاسم فلو اثبتنا له
الشفعة بعد البيع لاثبتناها لغير شريك مقاسم والجهل مع انتفاء
السبب لا اثر له كما قيل ولا يخلو من نظر بل لعل دلالة الخبر على القول
الاول اظهر كما اعترف به بعض من تأخر لان المتبادر منه انما هو
الشريك حال الشراء فقط وبقاؤها بعده ليس شرطا في ثبوت الشفعة
وانكار ذلك قد يشبه المكابرة وثالثها التفصيل بالجهل بالشفعة

حال البيع والعلم به فتثبت في الاول دون الثاني كما هو ظاهر الشيخ
وابناء البراج وحمزة وسعيد والفاضل والشهيد والمحقق الثاني
وغيرهم كما قيل وفي الملحق وغيره تعليل الاول بسبق الحق على البيع
ولكنه جار في الثاني ايضا كما ان تعليل الثاني بزوال الشركة التي
هي سبب الشفعة جار في الاول ايضا فهما معا عليلان غير صالحين
للتفصيل المزبور وقد يعلل الثاني بان البيع بعد العلم بالشفعة
يؤذن بالاعراض عنها كما لو باذن او ضمن الدرك وهذا بخلاف
الاول فانه معذور وقد يجاب عنه بان الجهل لا اثر له اذا
انتفى الشرط لان خطاب الوضع لا يتفاوت فيه الامر بين العلم
والجهل كما قيل وفيه ان الشفيع غير منتف في الصورتين
ودعوى ان البيع بعد العلم يؤذن بالاسقاط واضح المنع على الاطلاق ح
كما لا يساعد عليه الوجدان نعم قد يتفق حصول اسقاط في بعض
الاحوال الا انه لا يثبت الكلية وخارج عن محل البحث
ودعوى ان ثبوت الشفعة انما هو من جهة نفي الضرر على الشريك
ومع البيع ينتفي الضرر عنه لزوال الشركة يدفعها ان ذلك حكمة
لا علة وانه قد يتحقق الضرر مع البيع المزبور ايضا فتدبر جيدا
والله اعلم قال ره تفريع على حق له ره لو باع الشريك
وشرط الخيار للمشتري ثم باع الشفيع
نصيبه قال الشيخ الشفعة للمشتري الاول
لان

لان الانتقال تحقق بالعقد ولو كان الخيار
للبايع او لهما فالشفعة للبايع الاول بناء على
ان الانتقال لا يحصل الا بانقضاء الخيار اقول
قد يقال بان مدار الشفعة على صدق البيع وهو العقد عند المشهور
فيندرج في العمومات على جميع الاقوال ويكون الشفيع مستحقا للشقص
على نحو استحقاق المشتري له على ما سبق من الخلاف في القول الضعيف
فما قيل من انه يتفرع عليه عدم ثبوت الشفعة اصلا لا للمشتري ولا للبايع
لانتفاء الملك عنهما في غير محله فتدبر جيدا والله اعلم قال ره الخامسة
لو باع شقصا في مرض الموت من وارث وحابى
فيه فان خرج من الثلث صح وكان للشريك
اخذه بالشفعة وان لم يخرج صح منه ما قابل الثمن
من المحاباة ان لم تجز الورثة وقيل يمضي في الجميع من
الاصل فياخذ الشفيع بناء على ان منجزات
المريض ماضية من الاصل اقول كما هو الاظهر بل لعل المقام
الصحة التهمة من غيره ويكون التمضية من الاصل بناء على ما نفيته التهمة اولى
من ذلك لا فرق في ذلك بين كون المشتري وارثا او غير وارث
عندنا وذكر المصنف للوارث على جهة التمثيل او التنبيه على خلاف بعض
كما قيل ولعل الاشكال لان التي ترتبت على القول بانها من الثلث كما اطلق
فيها وفي طائفة منهم كما نبه الشهيدين وغيره من الشواهد على كونها من

الاصل لسلامته عنها اجمع وقد سبق في كتاب الوصية بعض الكلام فيه
فلا موجب للاعادة هنا فلاحظ وتامل والله اعلم قال ره التاسعة
اذا صالح الشفيع على ترك الشفعة صح وبطلت
الشفعة لانه حق مالي فينفذ فيه الصلح
اقول قد صرح بذلك كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف كما اعترف
به بعضهم بل عن ظاهر المبسوط والتذكرة الاجماع عليه لانه
حق مالي كالخيار فيتعدى فيه الصلح لعموم ادلته اي مثل ذلك
وغيره من ساير الحقوق المالية ولان فائدة الصلح المزبور
اسقاط حقه فيندرج في عموم تسلط الناس على حقوقهم ولمن الفقه
من جعل الله تم الرشد في خليقته حيث ذهب الى بطلان الصلح
المزبور الى غير ذلك مما لا يخلو من نظر او منع ولعله الذاهب
بعضهم الحكم بصحته الى القول مشعرا بتمريضه مع اصالة الفساد
ومع ذلك فحول عدم صحة الصلح على حق الرجوع في الهبة وحق الرجوع
في العدة الرجعية ونحو ذلك اللهم الا ان يقال بان الصلح
جائز ونافذ في كل شيء الا ما حرم حلالا او حلل حراما بان
يغير الحكم الشرعي الاصلي او ينافي المشروع او يقوم اجماع على
عدم صحته ولا يتوقف على تمييز كونه حقا او حكما فكل مشكوك فيه
يجوز ايقاع الصلح عليه ويلزم العمل به فقد يقال بجواز نقل
حق الشفعة الى غير المشتري فيأخذ الشقص من المشتري وان لم يكن
لشريكه

شريكا مع البايع كان خارجا عن ادلة الشفعة وبقصد الا
ان لم نعثر على قائل بذلك بل قد يدعى الاجماع على عدمه وانه مخالف
للمشروع فان ظاهر النصوص ان حق الشفعة مختص بالشريك
على وجه لا يكون لغيره اصلا فلا يصح نقله اليه ودعوى انه لا يكون
لغيره ابتداء لا مطلقا فلا ينافي انتقاله الى غيره بصلح ونحوه كما قيل
مما لا شاهد عليها بل لعل النصوص شاهدة على عدمها هذا وفي
بيان المراد من المشروع كلام طويل قد سبقت الاشارة اليه
في كتاب الصلح وكتاب البيع فلاحظ وتامل والله اعلم تنبيه
الظاهر انه لا باس بكون عوض الصلح المزبور بعض الشقص المبيع
الذي هو متعلق الشفعة كما نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف
لشمول العموم لذلك وغيره وربما احتمل عدم جوازه لما فيه من
تبعيض الشفعة الممنوع منه عندهم الا انه في غير محله لعدم
اندراجه في دليل المنع من التبعيض فتامله جيدا والله اعلم
قال ره السابعة اذا تبايعا شقصا فضمن الشفيع
الدرك عن البايع او عن المشتري او شرط
المتبايعان الخيار للشفيع لم تسقط بذلك
الشفعة وكذا لو كان وكيلا لاحدهما
فيه تردد لما فيه من امارة الرضا بالبيع اقول
المرجع في ذلك على ما قاله الى قرائن الاحوال الدالة على ارادة

اسقاط حق الشفعة من الشفيع فان اقتضت عرفا سقط حقه
والا لم يسقط واما مجرد ضمان درك المبيع او درك الثمن
او دركهما معا ومجرد اشتراط الخيار له او اختياره لزوم العقد
او مجرد كونه وكيلا عن البايع او عن المشتري او عنهما معا او
نحو ذلك فلا دلالة في شيء منه على اسقاط حقه ودلالة بعضها او
جميعها على الرضا بالبيع اعم من ذلك اذ قد يكون سعاه به مقدمة
لثبوت حقه لتوقفه على وقوعه في الخارج كما هو واضح وما في الكتب
وكثير من العبارات من التردد او الاشكال في بعض ذلك في غير
محله فضلا عن اختيار البطلان وسقوط الحق فيه كما عن بعضهم نعم
لو وجد سبب آخر موجب للبطلان كفوات الفورية ونحوها
لزم القول به الا انه خارج عن محل البحث ودعوى ان الرضا
بالبيع يستلزم الرضا بدوام بقاء الملك للمشتري وذلك مستلزم
لاسقاط حقه من الشفعة المقتضي بانتزاع الملك منه قهرا
عليه فورا واضحة المنع كما يشهد عليه الوجدان فتدبر جيدا والله اعلم
قال رحمه الله الثامنة اذا اخذ بالشفعة فوجد
فيه عيبا سابقا على البيع فان كان الشفيع
و المشتري عالمين فلا خيار لاحدهما وان
كانا جاهلين فان رده الشفيع كان المشتري
بالخيار في الرد والارش وان اختار الاخذ

لم يكن

لم يكن للمشتري الفسخ لخروج الشقص عن يده قال
الشيخ وليس للمشتري المطالبة بالارش ولو قيل
له الارش كان حسنا وكذا لو علم الشفيع بالعيب
دون المشتري ولو علم المشتري دون الشفيع كان
للشفيع الرد اقول اما الاول فلا ريب فيه لاقدامهما على ذلك مع
اصالة اللزوم ونحوها واما الثاني فلا ريب في ثبوت الخيار لهما فيه فان
اتفقا على رده او على اخذه مع الارش او بدونه فلا اعتراض لاحد عليهما
لان الحق منحصر فيهما وان اختار الشفيع الرد فله ذلك كما نص عليه كثير
منهم من غير خلاف فيه يعرف لقاعدة نفي الضرر الموجب للخيار وللاطلاق
ما دل على جواز الرد بالعيب الشامل للشفيع وغيره كما قيل ولكن قد يمنع
شمول الاطلاق المزبور للشفيع لعدم صدق المشتري عليه عرفا مع عدم
الدليل على كونه بمنزلته شرعا واما القاعدة فلا يستفاد منها ثبوت
خيار العيب واحكامه كما لا يخفى على من لاحظ كلامهم في محله وان
امكن ان يستفاد منها مطلق الخيار في بعض الموارد وقد عرفت ان الرد
بالعيب في البيع وغيره ثابت لنفي الضرر المنجبر بعمل الاصحاب هنا ولكن
لا ارش للشفيع لا على البايع الذي لم يأخذ منه ولا على المشتري لو تصرف فيه
بما يمنع من رده اذ لم يكن المشتري قد اخذه من البايع للاصل وكونه يأخذ
من المشتري بالثمن كما قيل يدفعه ان العيب في البيع يوجب تخيير المشتري بين

الرد والارش فان شمل دليله الشفيع تثبت له التخيير المزبور ايضا لاتحاد
المدرك فيهما وان لم يشمله لم يثبت له احدهما فدعوى التخيير ايضا
ومطلق الخيار مع تسليم ثبوته له ليس هو احد الفردين كما هو واضح بادنى
تأمل هذا ولو اخذ المشتري الارش من البايع ففي رجوع الشفيع عليه بذلك
وجهان من الاصل وكون الارش غرامة شرعية وفائدة جديدة على
نحو النماء المنفصل ومن اتضاح كون الارش جزءا من الثمن فيرجع
الى الشفيع لصيرورة الثمن الذي ياخذ به الشفيع ما عداه كما قيل
ولكن الانصاف لحجية الثاني ما يستظهر الآن ان يحصل الاحد الاجماع فتبع
واتى بذلك في رسالة ارسال المسلمات فرعا من العبارات
غير قاض لحصول الاجماع المعتبر فلاحظ وتدبر والله اعلم ولو لم
يرد الشفيع ففي جواز الرد للمشتري وجهان من اطلاق دليل
تخيره كما قيل ومن خروجه عن ملكه على نحو يعيده له فيمتنع منه كما قيل
والعمدة انما هو اصالة اللزوم مع الشك في شمول دليل التخيير
لهذا الحال ان لم يكن ظاهرا في نفيه بل قد يقال بانه لو رده
الشفيع الى المشتري لم يكن له رده الى البايع لسبق خروجه عن
ملكه كما لو باعه ثم اشتراه كما قيل والامر سهل والله اعلم واذا
لم يرد المشتري ففي جواز مطالبته بالارش وجهان بل قولان فعن
الشيخ انه ليس له ذلك بل قد يتوهم منه دعوى الاجماع على ذلك للاصل
ولعدم فوات شيء عليه بعد اخذه لتمام الثمن من الشفيع ولاستلزام

اخذه

اخذه له لجهالة الثمن على المشتري ولانه كالنائب عن الشفيع فان اشتراه
فلا يستحق الرجوع بالارش كما قيل وعن الفاضل والشهيد و
الثانيين وكثير منهم كما هو ظاهر المتن ونحوه ان له ذلك لاطلاق
دليله وعود تمام الثمن اليه عن مقابلة لذلك كما لو باعه باضعاف
ثمنه واما الاستلزام المزبور ففي المنع كدعوى النيابة عنه
ودعوى ان الشفيع ياخذه بما قابله من الثمن فلا ثمرة للمشتري في اخذه
من البايع يدفعها ان فائدته اخذ ظلامته بمنع ظلمه وهو البايع
ولا يجب عليه قبول بدلها من غيره وهو الشفيع للاصل ولما فيه
من المنة عليه بذلك ولانه لا معاملة بينه وبين الشفيع وانما
معاملته بينه وبين البايع والشفيع انما اخذ منه قهرا عليه كما هو
واضح فتدبر جيدا والله اعلم واما الثالث فلا ريب في ان علم الشفيع
بالعيب موجب لعدم ثبوت الخيار له كما ان جهل المشتري موجب لثبوت
خيار العيب له لاندراجه في ادلته ودعوى سقوط خياره لخروج الشقص
عن ملكه يدفعها ان ذلك ليس تصرفا منه كي يسقط به خياره وعلى
تقديره ففي ثبوت الارش له القولان واما الرابع فلا ريب في العدم
لان جهل الشفيع موجب لخياره كما ان علم المشتري موجب لعدمه لكن
الاشكال ان في خيار الشفيع جار هنا ايضا بل لعله اولى لعدم
ثبوت الخيار للمشتري فقد يلحق الشفيع به ايضا وعلى تقدير ثبوت الخيار

له لنفي الضرر ونفي ثبوت الارش له اشكال اقربه العدم للاصل و
بطلان القياس في البيع والقطع بعدم الفرق بينهما ممنوعة
مع منع ما تقدم من دعوى ان اخذ الشفيع بالثمن الذي قد وقع عليه
العقد بمنزلة شرائه به فيترتب عليه حكمه فانها مما لا شاهد عليها
ومقتضى الاصول عدمها هذا ولو شرط على المشتري البيع على كل
عيب شرعي فقبل ذلك فلا خيار له بظهور سبق العيب عليه عملا
بالشرط وفي مضي هذا الشرط في حق الشفيع فلا يثبت له خيار
ايضا وجهان من اصالة عدم ثبوت الخيار له ومن ان هذا الشرط
مؤثر في نقص الثمن فيكون كالجزء منه فالاخذ به يستلزم الاخذ
به ايضا كما قيل ومن اطلاق دليل الخيار مع اصالة عدم مضي الشرط
عليه كما قيل والله اعلم ولو اخذه الشفيع بالشفعة ثم علم بحدوث
عيب فيه عند المشتري قبل اخذه منه ففي تسلطه على الرد عليه فقط
او مع تخييره بينه وبين اخذ الارش او عدم تسلطه على شيء اصلا
وجوه يعرف وجهها من التدبر فيما مر وغيره فلاحظ وتدبر والله اعلم

فائدة التاسعة اذا باع الشقص بعوض معين
لا مثل له كالعبد فان قلنا لا شفعة فلا بحث
وان اوجبنا الشفعة بالقيمة فاخذ الشفيع
وظهر في الثمن عيب كان للبايع رده والمطالبة
بقيمة الشقص اذا لم يحدث عنده ما يمنع الرد

فلو

فلا يرجع الشقص لان الفسخ المتعقب للبيع لا يبطل
الشفعة ولو عاد الشقص الى المشتري بملك مستانف
كالهبة او الميراث لم يملك رده على البايع ولو طلبه
البايع لم يجب على المشتري اجابته ولو كانت قيمة
الشقص في الحال هذه اقل من قيمة العبد هل يرجع
الشفيع بالتفاوت فيه تردد والاشبه لا لانه الثمن
الذي اقتضاه العقد ولو كان الشقص في يد المشتري
فرد البايع الثمن بالعيب لم يملك منع الشفيع لان حقه
اسبق ويأخذه بقيمة الثمن لانه الذي اقتضاه العقد
وللبايع قيمة الشقص وان زادت عن قيمة الثمن
ولو حدث عند البايع ما يمنع رد الثمن رجع بالارش
على المشتري فلا يرجع على الشفيع ايضا بالارش ان كان
اخذه بقيمة العوض الصحيح اقول اما جواز الرد للبايع مع عدم الحدث
المانع منه عنده فقد نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف كما اعترف به بعضهم
لاطلاق ادلة الخيار بالعيب السابق على البيع كما هو المفروض ان قيل لذلك
وغيره ودعوى اختصاصها بما اذا كان العوض باقيا عند المشتري كي يرد اليه ايضا
والمفروض هنا اخذ الشفيع له وح فيختص البايع باخذ الارش من المشتري ممنوعة مع
امكان توجه المنع الى ذلك بل قد يدعى الاجماع على خلافه واما مطالبته بالقيمة
وقت الفسخ مع عدم فسخ ملك الشفيع للشقص فلا نعرف فيها خلافا
كما قيل لاصالة لزوم ملكه واستصحاب بقائه ولان فيه جمعا بين الحقين لان

رجوع البايع بالشقص يقتضي سقوط حق الشفيع بخلاف ما اذا اخذ
القيمة ولان استحقاق فسخ البايع فرع دخول المعيب في ملك المشتري
المقتضي لثبوت الشفعة بمجرد العقد ولعموم ادلة الشفعة للشريك
الى غير ذلك من الاعتبارات التي لا ترجع الى دليل معتبر ولذا قيل كما
في المسالك بان له فسخ ملكه ايض لاستناد الفسخ الى العيب المقارن
للعقد والشفعة تثبت بعده فيكون العيب اسبق ولان الشفيع
متنزل منزلة المشتري فرد البايع يتضمن نقض ملك المشتري لو كان
في ملكه وفيها ايض انه يضعف ذلك بان مجرد وجود العيب حالة العقد
غير كاف في سببية الفسخ بل هو مع العقد الناقل للملك كما ان
الشركة ايض غير كافية في سببية الشفعة بل هي مع العقد فهما متساويان
من هذه الجهة ويبقى مع الشفعة المرجح الذي ذكرناه في الجمع بين الحقين
وربما فرق بعضهم بين رد البايع المعيب قبل اخذ الشفيع وبعده فقدم
البايع في الاول والشفيع في الثاني لتساويهما في ثبوت الحق بالبيع
فيقدم السابق في الاخذ والوجه ترجيح جانب الشفيع مطلقا وقد
يؤيد عليها بعدم العثور على القول المزبور وبان ظاهرهم الاتفاق
على ان للشفيع فسخ الرد بالعيب لو حصل قبل الاخذ بالشفعة وليس ذلك
الا لتقديم حق الشفيع عليه وبان مجرد الجمع بين الحقين على الوجه
المزبور مما لا يصلح للترجيح المذكور خصوصا بعد حكمهم بانه لو كان
الخيار للبايع مشروطا وشفع الشفيع كان للبايع فسخ البيع والشفعة

والاخذ

والاخذ فرقا بين الخيار الحاصل بالعيب او بالشرط اذ هما معا مقارنان
للعقد مع فرض كون الخيار بالشرط سابقا على حق الشفعة الحاصل
بعد تمام العقد الذي هو في الشرط فكذلك الحاصل بالعيب وبعد التسليم
فلا اقل من المقارنة المقتضية لثبوتهما في الحق فكل من سبق
كان له ذلك وهو لعله احد الاقوال كما قد يستفاد من المسالك ولا
ريب في انه هو المتجه ان لم نقل بتقديم البايع مطلقا كما لو شرط الخيار
له لولا اتفاق الاصحاب ظاهرا على تقديم الشفيع مطلقا ولعل وجهه
ان خيار العيب لا يثبت الا بعد العلم بالعيب والا تلف فيه وجود العيب
حال العقد مع الجهل به فيقدم حق الشفعة عليه لوضوح مقارنته
لتمام العقد الى غير ذلك مما لا يخلو من بحث والعمدة انما هو اصالة
لزوم ملك الشفيع مع عدم وضوح المخرج عنها ولكن مقتضاه اختيار
القول الثالث ولا باس به ودعوى الاجماع المركب على عدمه محل منع
في امثال هذه الفروع النادرة وعن التحرير انه لو كان الثمن غير
مثلي فوجد البايع به عيبا فرده قبل اخذ الشفيع احتمل تقديم حقه
لان في اخذ الشفعة ابطال حق البايع من الشقص والشفعة انما تثبت
لازالة الضرر فلا تزال بالضرر وتقديم حق الشفيع لسبق حقه والاقرب
الاول لان حق البايع اسبق لاستناده الى وجود العيب وهو متحقق حال
البيع والشفعة تثبت بالبيع فان لم يرد البايع المبيع حتى اخذ الشفيع كان له
رد الثمن وليس له استرجاع المبيع لان الشفيع ملكه بالاخذ فلم يملك البايع
ابطال ملكه ولكن يرجع بقيمة الشقص ويرجع بقيمته الى اخر ما فيه فلاحظ

وأما عدم تسلط المشتري على رد الشقص على البائع مع عوده اليه من الشفيع
بملك جديد كشراء منه او غيره وعدم تسلط البائع على اخذه
منه في هذه الحال فقد نص عليهما كثير منهم كما عن الشيخ والقاضي
والشهيدين والفاضلين وغيرهم للاصل وانقطاع المعاملة الواقعة
بين البائع والمشتري بالخروج عن ملك المشتري فلا تعود بالعود
اليه فانه معاملة اخرى وملك جديد بارث ونحوه وفسخ البائع
للعقد انما يوجب القيمة على المشتري ولا تعلق له بنفس الشقص الذي
قد ملكه الشفيع ملكا مستقرا وقد خرج عنه ملك المشتري ايضا
ودعوى انه انما يوجب القيمة ما دامت العين متعذرة على المشتري
لا مطلقا يدفعها ما قيل من ان اثر الفسخ من البائع ليس الا شغل
ذمته بالقيمة حال وجود الشقص عند الشفيع والاصل بقائه وعدم
برائة ذمته منها بعود الشقص بعد الفسخ ولكن قد يشكل فيما لو
كان عود الملك اليه قبل فسخ البائع اذ قد يحتمل في تعلقه بنفس
الشقص ابتداء وتخلل الخروج عن ملكه لم يثبت كونه مانعا من
ذلك اللهم الا ان يدعى الاجماع على خلافه فيتبع ولكن انى بذلك
في امثال هذه الفروع النادرة فتأمل جيدا والله اعلم ولو عاد الملك
الى المشتري بفسخ المعاملة الجديدة ولم نقل بان الفسخ مملك
بل هو مقتض لعود الملك بالسبب الاول الذي فرض فسخه فقد يمكن
في تملك المشتري رده الى البائع وتمكن البائع المطالبة به لانه كما لو لم

يخرج

يخرج عن ملكه اصلا كما قيل ولكن في استفادة ذلك من الاصول
وظواهر الادلة الواصلة الينا نوع صعوبة ولا مخرج عن الاصل
فلاحظ وتامل والله اعلم ولو كانت قيمة الشقص في هذه الحال
اقل من قيمته حال العقد التي قد اخذ بها الشقص من المشتري ففي رجوع
الشفيع على المشتري بالتفاوت بينهما وجهان بل قولان من ان المدار
على الثمن الذي وقع عليه العقد فهو القيمة التي قد دفعها الشفيع الى
المشتري وانتزع بها الشقص منه ومن ان الذي قد ادى المشتري
بعد رد العين اليه انما هو قيمة الشقص حين الرد اليه وهي الاقل
من تلك القيمة فهو الذي قد استقر عليه العقد حقيقة على نحو استقراره
عند الاشتراء عليه الثمن كما قيل وعليه منع ظاهر كما اعترف به الفاضل
والثاني وكثير من الاواخر بل قد انكر بعضهم وجوب القول بذلك
ونسبته الى الشيخ غير ثابتة كما قيل فلاحظ وتامل والله اعلم واما
عدم منع حق الشفيع برد الثمن الى المشتري مع كون الشقص لم يرجع
قبل اخذ الشفيع له فقد نص عليه كثير من غير خلاف فيه يعرف لسبقه
حقه كما علله به كثير منهم ولعله لاعتبار العرف في تحقق خيار العيب
وحينئذ فينفسخ الشفيع الفسخ الذي وقع من البائع ويعيد المبيع الى ملك
المشتري على مقتضى العقد الاول وفيه تامل ويأخذه منه بقيمة الثمن بعينه
لانه الذي اقتضاه العقد الاول كما قاله وغيره والله اعلم واما استحقاق

البايع على المشتري قيمة الشقص مطلقا وان زادت على قيمة الثمن
فقد نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف لانه مقتضى فسخه
برد الثمن ولا يرجع بها على الشفيع وذلك وغيره من تبعيض اثر
الفسخ لا تبعيض نفس الفسخ كما قيل والله اعلم واما نفي الارش
للبايع مع حدوث ما يمنع من رد العبد فلا نعرف فيه خلافا ولعله
هو المتعين عليه ح على ما سبق في ضمان العيب والله اعلم واما عدم رجوع
المشتري على الشفيع بالارش الذي قد اخذه منه البايع فواضح للاصل
ولان المفروض انه قد اخذه منه بعوض العبد الصحيح ولا شئ لم يتكلم
به الى غير ذلك من الفروع المتعلقة بتلك الجارية على الاصول
والقواعد فلاحظ وتامل والله اعلم قال رح العاشرة لو
كانت دار لحاضر وغائب وحصة الغائب في
يد آخر فباع الحصة وادعى ان ذلك باذن
الغائب قال في الخلاف تثبت الشفعة ولعل
المنع اشبه لان الشفعة تابعة لثبوت البيع
فلو قضى بها وحضر الغائب فان صدق فلا
بحث وان انكر فالقول قوله مع يمينه
وينتزع الشقص وله اجرته من حين قبضه
الى

الى حين رده ويرجع بالاجرة على البايع ان شاء
لانه سبب الاتلاف او على الشفيع لانه المتلف
فان رجع على مدعي الوكالة لم يرجع الوكيل على
الشفيع وان رجع على الشفيع رجع الشفيع على
الوكيل لانه غره وفيه قول آخر هذا اشبه
٢ الاقدام ص
اقول اما جواز الشراء ممن بيده الا انه بالبيع من المالك والتصرف
في المبيع بسائر انواع التصرفات فقد نص عليه كثير منهم بل لا نعرف
فيه خلافا بل ظاهرهم الاتفاق عليه للاصل وقاعدة حمل فعل المسلم على الصحة
والسيرة المستمرة على ذلك والعسر والحرج مع الامتناع من ذلك ونحو ذلك
مما لا يكون فيه نظر او منع فتدبر وانما الخلاف في ان هذا البيع هل يترتب
عليه جواز الاخذ بالشفعة ام لا ففي الشرح فالخلاف اختيار
الجواز للاصل ولانه كباقي التصرفات من بيع المشتري وهبته والارث
منه ونحو ذلك بل الفرق بينه وبينها لا يخلو من تحكم ولكن جميع الاحكام
الوضعية المترتبة على التصرفات المذكورة موقوفة على تصديق
الغائب لمدعي الوكالة فان صدقه فيها انكشف ترتب الاحكام
على فعله واقعا كما هو واضح وان انكره فالقول قوله مع يمينه عملا
بالقاعدة المعروفة وح فان حلف على عدم وكالته انتزع المبيع من
يد الشفيع او من يد المشتري او من يد غيرهما لانه ماله شرعا باقرار ذي
اليد وغيره فهو مسلط عليه كباقي امواله مع انه لو باع الشريك ظاهرا

حصته ثم اخذها الشفيع مثلا ثم تبين شرعا ان الحصة المزبورة لغير
البايع المزبور فان مالكها ياخذها ممن كانت في يده بلا خلاف ولا
اشكال كما لا خلاف ايضا في ان له المطالبة باجرة الحصة المزبورة
وعوض منافعها ممن استوفاها او ممن كانت في يده او ممن
يتبع عنوانه على نحو ما سبق في نظائرها وفي تخييره في الرجوع بها
على من شاء منهم وفي انه اذا رجع بها على البايع لم يرجع بها على
المشتري لها لاعترافه بظلم الغائب له فلا يظلم غيره ظلمه ممن
برائة ذمته من الاجرة كما هو المفروض واذا رجع بها على الشفيع
مثلا كان له الرجوع على البايع لانه هو الذي قد غره الا اذا
اتفق حصول العلم له بصدقه وبان الغائب ظالم له فليس له
الرجوع عليه لانه ظالم له باعترافه فلا يرجع على غيره من ظلمه
ايضا عن بعض الا ان ذلك خلاف المفروض وعبارتهم بهذا
واما القول الاخر الذي اشار اليه المصنف فقد ذكر كثير منهم انه
ان شاء المالك في المبسوط من ان مدعي الوكالة يرجع على الشفيع
لو رجع الغائب عليه لاستقرار التلف في يده فيكون استقرار
الضمان عليه لان المباشرة اقوى من السبب وفيه انها قد
ضعفت بالغرور بغفار السبب القوي فيستقر الضمان على مدعي
[illegible] الوكالة كما قيل ولكن قد يمنع تحقق الغرور المعتبر هنا
بعد علم مدعي الوكالة بالحال وبانه لا بينة له على دعواه وبعد

اقدام

ذلك

اقدام المشتري مخاطرا على ذلك وكذا الشفيع ممن تفرعت يده على
واقدامه على هذا الحال مع اصالة عدم تسلطه على الرجوع عليه
ودعوى الاجماع على خلافه محل منع ولعله لذا قيل بان القول الاخر
انه اذا رجع على الشفيع مثلا لم يرجع على الوكيل وانه جيد كما هو
مقتضى سياق المتن ودعوى انه مخالف لاصول المذهب وقواعده
كقاعدة الغرور ونحوها فيكون الاشبه ما اختاره المصنف وغيره ٢ نظر اوحى
محل منع فتدبر وتامل بالتامل ما ذكره المصوق وغيره من منع ثبوت
الشفعة في البيع المزبور لانها تابعة لثبوت البيع ودعوى الوكيل
ليست طريقا شرعيا لثبوته وان جاز الاخذ منه ظاهرا والتصرف
فيه لو لا النزاع التصرفات باعتبار كونه ذا يد ولا معارض له كما
قيل وفيه انها تابعة للبيع ظاهرا كما في التصرفات ودعوى انها
تابعة لثبوت البيع واقعا ولم يثبت بذلك واضحة المنع كدعوى
ان عنوان الشفعة انما هو وقوع البيع في الخارج ولو بالحجة الشرعية
وذلك غير ثابت هنا وهذا بخلاف باقي التصرفات فان عنوانها
اعم من ذلك فلا وجه لمساواة الشفعة معها الا ان ذلك مجرد احتمال
في دليلها ودليل باقي التصرفات ولا شاهد عليه من كتاب ولا سنة ولا
اجماع كما لا يخفى على المتتبع لكلماتهم ولعل النزاع فيما بينهم لفظي بان
يريد المجيز مجرد الاقدام على الاخذ بها وان كان الغائب على حجته على نحو
الشراء منه وغيره والمانع يريد المانع منها الاخذ بها مطلقا على وجه

يمضي على الغائب بعد مجيئه من غيبته وليس له اخذه من الشفيع ونحوه
فان هذا المعنى هو الذي لم يخالف اصول المذهب لا المعنى الاول فانه موافق
لها فتامل جيدا والله اعلم قال رحمه الله ولو اشترى شقصا
بمائة ودفع اليه عوضا يساوي عشرة لزم
الشفيع تسليم مائة او يدع لانه ياخذ بما
تضمنه العقد اقول لا اعرف خلافا في ذلك بل ظاهر كثير من
العبارات او صريحها المفروغية منه وعليه فلا اشكال فيه اذا
لم يكن ذلك ونحوه كابراء الذمة من جميع الثمن او من بعضه الا
عن ذلك عن مواطاة بين البائع والمشتري لاجل منع الشفيع من
الاخذ بالشفعة والا ففيه اشكال ولا يبعد الرجوع الى ثمن
المثل والقيمة السوقية واطلاق النصوص ونحوها انه ياخذ بالثمن
الذي وقع عليه العقد لانه منصرف الى غير ذلك قطعا ومعرفا الا
ان يتم اجماع على خلاف ذلك ومعنا ان ذلك من الحيل المشروعة
لاسقاط الشفعة ولكن اني بذلك فتامل جيدا والله اعلم قال رحمه الله
ومن اللواحق البحث فيما تبطل به وتبطل
الشفعة بترك المطالبة مع العلم وعدم العذر
وقيل لا تبطل الا ان يصرح بالاسقاط ولو
تطاولت المدة والاول اظهر اقول وهو الاشهر

بل المشهور

بل المشهور بين المتاخرين او مطلقا كما في كثير من العبارات شهرة
عظيمة كما اعترف بها بعضهم بل عن الخلاف نسبته الى اجماع الفرقة
اقتصارا على المتيقن فيما خالف الاصول وقد يستدل عليه بقوله صلى الله عليه وآله
الشفعة لمن واثبها وبقوله ص الشفعة كحل العقال المشهور كما عن
الشهيد والذي استدل به الاصحاب كما قيل وبقوله ع في خبر
ابن مهزيار ان علي اذا لم يات به بعد ثلثة ايام بطلت شفعته فانه
لو كان على التراخي لم تبطل بذلك كما قيل او انه اذا بطلت بذلك بطلت
فيما قبل الثلثة ايضا لعدم القائل بالفصل بين الموردين كما قيل وبانها
حق مبني على التضييق ولذا اختصت بالبيع وببعض المبيعات وذلك
يناسب الفورية كما قيل وبان التراخي في الاخذ على المشتري بسبب امتناعه من
الغرس والبناء ونحوهما خوفا من قلع الشفيع له بعد اخذه كما قيل وبقوله ع
الغائب على شفعته فانه ظاهر في الفور ايضا وان الغيبة عذر له في عدم
سقوطها بالتاخير وانه لولا العذر لسقطت شفعته الى غير ذلك مما لا يخلو
من نظر او منع سندا او دلالة او عليهما ولعله لذا قيل بالثاني كما عن كثير
منهم بل نسب الى الكاتب وعلي بن بابويه والسيد المرتضى وابن زهرة وابي
الصلاح وابن ادريس وغيرهم بل عن الانتصار دعوى الاجماع عليه ولعله ظاهر
المقنع والمقنعة وفقه الراوندي والمراسم ونحوها مما لم يتعرض فيه للفورية
اذ لو كانت معتبرة فيها عندهم على وجه تسقط بعدمها لوجب التعرض لها
كما قيل بل لعل ذلك لم يقتصر على حكاية القولين من دون ترجيح لاحدهما كما عن التحرير

والمهذب وجمع البرهان والكفاية وغيرها عامل بالترك ايضا لاماتة
بعد الشك في دليل الفور تأمل كما قيل ولكن قد يقال بان عملهم لعله
على الفور اقتصارا على المتيقن من ادلة الشفعة المخالفة للاصل
وعلى كل حال فالمتوقف لا يعد موافقا لاحد القولين ومجرد
العمل على وفق احدهما ليس فتوى كما هو واضح هذا وفي الانتصار
انه مما ظن انفراد الامامية بان حق الشفعة لا تسقط الا
بان يصرح باسقاط حقه ولا يكون مسقطا بتركه حال علمه وهذا
القول احد اقوال الشافعي الاربعة وثانيها انها على الفور وثالثها
انه يثبت الى ثلثة ايام ورابعها انه ثابت الى ان يعفو او
يعرض بالعفو وعن شريك انه اذا علم فلم يطلب فهو على شفعته
وهذا ايضا موافق للامامية وباقي الفقهاء على خلاف ذلك ثم حكى
عنهم اقوالا كثيرة وقال دليلنا اجماع الامامية وان سائر الحقوق
الشرعية والعقلية ليست على الفور فما الذي اخرج حق الشفعة
منها فان قالوا اخرجه قاعدة نفي الضرر لان المدة اذا تطاولت
لم يتمكن المشتري من التصرف في المبيع وهدمه وبنائه وتغييره لان الشفيع
اذا طالبه بالشفعة امره بازالة ذلك وهذا ضرر داخل على المشتري قلنا
قلنا يمكن ان يتحرز المشتري من هذا الضرر بان يعرض المبيع على الشفيع
ويبذل تسليمه اليه فهو بين امرين اما ان يتسلم او يترك شفعته
فيزول الضرر عن المشتري بذلك فاذا فرط فيما ذكرناه وتصرف من غير
ان يفعل ما اشرنا اليه فهو الذي قد ادخل الضرر على نفسه الا عند ذلك على

فيه

فيه مما لا يخلو بعضه من نظر او منع والعمدة انما هو دعوى الاجماع
على ذلك الذي صرح او قرب الى الواقع لوجود العمل به سابقا على دعويه
وهذا يخلف في اجماع الخلاف فانه لم يوجد قول للامامية بمقتضاه
كما لا يخفى على المتتبع لعباراتهم الا ان شهرة المتأخرين توهن اجماع
الانتصار ولا تعضد اجماع الخلاف فلا وثوق باحدهما والمرجع
انما هو ما عداهما ولا نص من طرقنا يشهد لاحدهما صريحا بل ولا
ظاهرا وخبر ابن مهزيار غير دال على احدهما كما اعترف به كثير منهم بل
لا ينكر ظهوره في كون التاجيل لاداء الثمن بعد الاخذ بالشفعة [illegible]
نظيرها ورد في البيع ونحوه فلا ربط له بها اصلا ودعوى ان محل
البحث انما هو الفور او عدمه بالنسبة الى الثمن فقط وهو مع الدفعة له
قبل واضحة المنع كما لا يخفى على المتتبع لكلماتهم ودعوى انه اذا كان تأخير
الثمن ثلثة ايام يبطلها بعد الاخذ بها كان تأخير نفس الاخذ بها مبطلا لها الى
بل هو اولى بذلك كما قيل يدفعها انه انما يمكن ان تتم بناء على ان دفع الثمن
شرط لصحة الاخذ بها او انه هو نفس الاخذ بها وان قول الشفيع اخذت
الشقص بالشفعة او شفعت به او نحو ذلك مما لا اثر له في التملك
بها اصلا وان معنى قوله ع التأخير ثلثا يبطلها انه يمنع من اصل الاخذ بها
لا انها قد وقعت صحيحة كما وقع البيع وان تأخير الثمن مبطل لها او مسلط
للمشتري على فسخها على نحو البيع وانه ان اختار بقاء الثمن في ذمة الشفيع
فهي باقية على صحتها ولزومها على نحو ما ذكروه في البيع الا ان ذلك كله خلاف

ظاهر النص ونحوه من الفتاوى بل الفتوى وبه وح فلا ملازمة بين
الامرين فضلا عن الاولوية المزبورة كما لا يخفى على المتدبر
فلاحظ وتدبر واما الثاني فقد عرفت عدم انبعاث احدهما
من وجه شرعي لا ينبغي الاطالة فيه كما لا يخفى على من لاحظ كتب
العامة والخاصة فلا اشكال وح فليس المرجع لاحد القولين الا
الاصول ومقتضاها اصالة عدم شرعية الشفعة الا على القدر المتفق
عليه انما هو القول بالفور لانه القدر المعلوم جوازه للاخذ به الا
انه قد يخرج عنها باطلاقات الشفعة وعموماتها وانه اذا باع
احد الشريكين حصته كان لشريكه ان يشفع به وينتزعها من المشتري
وانه احق به بالثمن ونحو ذلك وانكار ظهور الجميع
في ذلك وانها من المهملات بالنسبة الى ذلك كانه في غير محله
وقد يخرج عنها ايضا باستصحاب بقاء الحق الى ان يعلم زواله ولا
يعلم ذلك الا بان يسقطه كما قيل ولا بأس به ان قلنا بحجية امثاله
والا كما هو غير بعيد ففي تحققه فيه حينئذ والله اعلم قال ره ولو
نزل عن الشفعة قبل البيع لم تبطل مع البيع لانه
اسقاط ما لم يثبت وفيه تردد وكذا لو شهد
على البيع او بارك للمشتري او اذن للمشتري في الابتياع
فيه تردد لان ذلك ليس بابلغ من الاسقاط قبل البيع

او للبايع ١٢ ص

اقول

اقول اذا اسقط حقه من الشفعة قبل شراء الشريك بان يعرض عليه
الشقص خوفا من شفعته بعد بيعه فيقول اسقطت حقي منه سواء كان
المشتري معينا او غير معين كما لو قال اسقطت حقي من كل من تبيع
شقصك عليه ونحو ذلك ففي ثبوت حقه بعد البيع وعدم تأثير ما وقع
منه قبله فلا يسقط بعده قولان من اطلاق ادلة ثبوتها واصالة عدم
تأثير ما وقع منه قبله فيه وهو المراد من اسقاط ما لم يجب وهو خيرة الكاتب
والشيخ وابن ادريس والمصنف في النافع والفاضل وولده والمقداد
والثانيين وغيرهم على ما حكي عن بعضهم بل هو ظاهر الانتصار الاجماع على
ذلك ومن اصالة عدم شرعية الشفعة مع الشك في شمول ادلتها لمثل هذا
الحال ومع عموم تسلط الناس على حقوقهم اثر ما لو كان ثابتا فعلا
او متوقفا ثبوته بعد ذلك مع انتفاء الضرر عليه بعد اعلامه بالحال و
اسقاطه لحقه كما قيل وهو خيرة الشيخ وابن حمزة والفاضل في الارشاد
وغاية المراد ومجمع البرهان وغيرها كما قيل وقد يستدل عليه بانه تمكن
من دفع الضرر عنه فلم يفعل فتبطل شفعته وبان ذلك امارة على رضاه بالبيع
وبقائه على الشركة وذلك مبطل للشفعة وبما في السرائر من انه روي
انه ان عرض البايع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم فلم يرده
فباعه من غيره بذلك الثمن او ازيد منه لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة وان
باعه باقل من الثمن الذي عرض عليه كان له المطالبة ونحوه عن المقنعة و
النهاية والوسيلة والجامع وغيرها وبما عن جابر عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال الا

الشفعة في كل مشترك من ارض او ربع او حائط ولا يصلح ان يبيع
احد الشريكين حتى يعرض على شريكه فيأخذ او يبيع وعنه عليه السلام انه
قال لا يحل له ان يبيع حتى يستأذن شريكه فان باع ولم يأذن
فهو احق به وعنه عليه السلام انه قال لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه
فان باع ولم يؤذنه فهو احق به وفي رواية اخرى عنه عليه السلام فهو
احق به بالثمن الى غير ذلك من النصوص الواردة عنه ص وعن
اهل بيته ع التي يستفاد منها حصر ثبوت الشفعة فيما اذا لم يأذن
الشريك بالبيع على غيره وانه مع الاذن به لا شفعة له فيتم ان
اسقاط حقه منها اولى بعدم ثبوتها له بل قد يستفاد منها ايضا
ثبوت حق له بالفعل معلق على البيع على نحو الواجب المعلق فيصح
اسقاطه ويكون من اسقاط ما وجب لا من اسقاط ما لم يجب كما زعمه
بعضهم مع انه لا بأس بالتزام شرعية اسقاطه ايضا بناء على شمول عموم
الحقوق لمثله ايضا او يلتزم بان ذلك ليس من باب اسقاط الحق قبل
ثبوته وانما هو من المقتضي شرعا لعدم ثبوت الحق معه بل هذا المعنى هو
المراد مما في نصوصنا المعتبرة من ان الشريك احق بالشقص اذا اراد
الشريك بيعه بل في بعضها التصريح بالاحقية المزبورة قبل صدور
البيع منه فانه لا معنى للاحقية في الآن المزبور وان كانت
الشفعة حقيقة لا تثبت الا بالبيع نعم وقد يستدل عليه ايضا بانه مع
استمرار الاذن والرضا بعدم الحق له في البيع يكون كالرضا من المتبايعين
او احدهما على بيع لا خيار فيه في المجلس مثلا الى غير ذلك مما تكلفوا به
لاثبات القول المزبور ولكن للبحث في جميع ذلك مجال ومجرد

احتمال

احتمال الدليل لارادة هذا المعنى منه غير قاض بظهوره منه والمدار عليه
لا على مجرد الاحتمال كما هو واضح ودعوى انه لا ينبغي الاشكال في عدم
ثبوت الشفعة مع صدور البيع على انه لا شفعة له بل نفيه باذنه وليس هو
من باب انشاء الاسقاط قبل حصول متعلقه كما قيل يدفعها انها
مجرد دعوى خالية عن الدليل شرعا عليها الا ان يرجع فيها الى الاصول
الشرعية القاضية بعدم ثبوتها عند الشك في شمول ادلتها لمثل ذلك
الا انه لا موجب للشك المزبور بعد شمول اطلاقها لمثل ذلك
لغة وعرفا ودعوى انه لا ريب في حصول الشك في ثبوت الشفعة
في الحال المزبور فبها ونعمت اصالة عدمها محكمة على دعوى بل ربما يقال
بان العموم في البيع يستلزم العموم في الاحوال والا لما بقي عموم على
حاله لاختلاف احوال افراد العام بلا اشكال وان التلازم المزبور
محل منع ايضا كما لا يخفى والله اعلم ولو لم ينشئ اسقاط حقه قبل
البيع او باذن للمشتري او للبائع او لهما معا او اذن للمشتري في الشراء
او للبائع في البيع ونحو ذلك ففي سقوط حقه بمجرد ذلك في جميع
ذلك او في بعض دون بعض او عدم سقوطه بشيء من ذلك وجوه
او اقوال وعبارات للفقهاء والمتأخرين وقد يعلل الثالث
بانه اذا لم يسقط حقه بالاسقاط قبل البيع فلان لا يسقط بهذه
الامور بطريق اولى كما قيل وفيه ظاهر اذ قد يكون المنع من الاول
لعدم تعقله في نفسه اذ هو كاسقاط الاجر لذلك وهذا كله منتف في هذه

الامور فانها وامثالها من امارات الرضا بالبيع على ان لا شفعة
له فتسقط شفعته كما قيل او يلتزم بدلالة تعفها على ذلك فيحكم
بسقوط شفعته فيه فقط دون غيره مما لا دلالة فيه على ذلك
وذلك يختلف باختلاف القرائن والاحوال هذا مع امكان منع
كون الرضا المزبور على تقدير حصوله دالا على انه اسقط حقه
بنفسه او على سقوطه شرعا للاصل وغيره وقد اجاد شيخنا الشهيد حيث
قال بعد تفصيل البحث في جميع ذلك ان الحق في جميع هذه
المواضع وفاقا لشيخه ان الشفعة لا تبطل الا مع التصريح باسقاطها
بعد ثبوتها او مع منافاة الفورية على القول باعتبارها وعليه
قد تحمل عبارات القدوري والحلي والقاضي والفاضل في المقداد
والمحقق الثاني وغيرهم فلاحظ وتامل والله اعلم قال رحمه الله ولو
بلغه البيع بما يمكن اثباته به كالتواتر او بشهادة
شاهدي عدل فلم يطالب وقال لم اصدق
بطلت شفعته ولم يقبل عذره ولو اخبره
صبي او فاسق لم تبطل وصدق وكذا لو اخبره
واحد عدل لم تبطل شفعته وقبل عذره لان
الواحد ليس حجة اقول هذا الفرع قطعي على القول بان الشفعة
على التراخي وهو غير بعيد واما على القول بالفورية مع حصول العلم له
بالبيع حقيقة وتاخيره الاخذ بها بلا عذر مقبول تبطل شفعته لتفريطه

بها

بها واهماله المنافي لحقه كما هو المفروض واما حصول الحجة الشرعية به كالبينة
واقرار المشتري ونحوهما مما لا يفيد العلم حقيقة بوقوع البيع ففي بطلان
شفعته بتاخير الاخذ بها مع امكانه له وجهان وقد صرح كثير منهم ببطلانها
لعدم عذر له في التاخير المزبور عند العقلاء واهل العرف مع احتماله
ايضا لامكان جرح البينة او دعوى المواطاة في الاقرار ونحو ذلك
والبحث في تحقيق حجية الاستفاضة او حجية خبر العدل او امكان حصول
العلم به او بغيره مع القرائن ونحو ذلك موكول الى محله ولا ثمرة مهمة
في التعرض له هنا ولو حصل له العلم ببعض ذلك فلان ياخذ بحقه فقطع
ولو لم ياخذ به واخره معتذرا بان علمه ليس حجة على غيره فالظاهر قبول
عذره عند العقلاء فلا يسقط حقه وكذا لو ادعى عدم حصول العلم له
باخبار جماعة به وان امكن حصول العلم به باخبارهم لغيره الا غير ذلك من
الفروع الجارية على الاصول والقواعد الشرعية فتامل جيدا والله اعلم قال رحمه الله
ولو جهل قدر الثمن بطلت الشفعة لتعذر تسليم
الثمن اقول قد صرح بذلك كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف للتعذر المزبور
ولو دفع الشفيع الى المشتري مقدارا يعلم زيادته على الثمن حقيقة او حكما
ففي صحته وجهه بل قد يقال بصحة اخذه بالثمن المعين في الواقع الذي قد وقع
عليه البيع وتكون ذمته مشغولة به وطريق ابراء ذمته منه على نحو ما يوصي
البائع والمشتري مما وقع عليه البيع مع صحته اذ لا مانع الا احتمال عدم بطلانه
بالنص المزبور ونحوه اللهم الا ان يتم اجماع على ذلك وانى بذلك
ودعوى عدم الصحة مطلقا حتى مع العلم به في نفس الثمن وزيادة شيء عليه

لما فيه من المنة على المشتري التي لا يجب عليه تحملها بل قد يحكم بعدم الصحة
وان تحمل البطل لاحالة الف د مع عدم شمول ادلة الشفعة لمثل ذلك
كما قيل محل نظر او منع فتدبر جيدا والله اعلم قال رحمه الله ولو كان البيع
في بلد ناء فاخر المطالبة توقعا للوصول بطلت
الشفعة اقول لا ريب في ذلك بناء على القول بالفورية فان ذلك
ليس عذرا معتبرا بل عليه ان يأخذ ويتملك الشقص بقوله شفعت بعد تسليم
ويدفع الثمن اولا ثم يسعى في تحصيل المبيع ولو اعتبرنا التقابض معا
في المعاوضة كما هو المعتبر فيها انه يحتمل عذره فان الاخذ لم يحصل التقابض معا والنقد
الحاصل في تعجيل الثمن ضرر على الشفيع كما قيل والوجه العدم لان
الفور المعتبر متصل بالاخذ القولي ويبقى تسليم الثمن موقوفا على
تسلم الشقص وهو حكم آخر لو سلم اعتبار التقابض معا والا فسهل والله اعلم
قال رحمه الله ولو بان الثمن مستحقا بطلت الشفعة لبطلان
العقد وكذا لو تصادق الشفيع والمشتري على
غصبية الثمن او اقر الشفيع بغصبيته منع من
المطالبة وكذا لو تلف الثمن المعين قبل قبضه
لتحقق البطلان على تردد في هذا اقول اما الاول
فلا خلاف فيه ولا اشكال مع تعين الثمن ومع عدم اجازة مالكه لعدم
تحقق موضوع الشفعة وعنوانها اذ هو البيع الصحيح والمفروض عدمه

واما

واما مع عدم تعين الثمن فلا ريب في ثبوت الشفعة فيه لعدم بطلان العقد
بظهور غصبية نفس المدفوع بل الواجب على المشتري دفع غيره الى
البائع كما هو واضح كوضوح حكم الاجازة بناء على صحة البيع معها فتدبر جيدا
والله اعلم واما الثاني فلا ريب فيه بالنسبة اليهما لانحصار الحق فيهما وهو
مقتضى اقرارهما عليهما وان لم يثبت البطلان في نفس الامر على وجه يحكم به
على البائع الخ ونحوه ما لو تصادقا على كونه ميتة او خمرا مما لا يصلح
كونه ثمنا شرعا وكذا الحكم في الثالث لمقتضى اقراره عليه فلا يستحق الشفعة
عملا باقراره وان لم يمض على غيره حتى على المشتري كما في نظائره فتدبر جيدا
والله اعلم واما الرابع ففيه خلاف واشكال ففي المبسوط والتذكرة
وغيرهما انه تبطل الشفعة فيه تبعا لبطلان البيع الذي هو سببها وعنوانها
كما قيل وعن الفاضل في المختلف وولده والشهيد والثانيين وغيرهم
انها لا تبطل لانها تابعة لاصل صحة البيع والمفروض صحته عند وقوعه
وعروض البطلان من حين التلف غير قادح في بطلانها لعدم التلازم بينهما
مع اصالة بقائها من غير فرق بين اخذ الشفيع للشقص قبل التلف
تلف الثمن المعين او بعده لاتحاد المناط فيهما فما عن بعضهم كما عن
الشهيدين والبيه جار بعض من تأخر من الفرق بينهما في غير محله وان
استشكل فيه الفاضل في القواعد وعن الايضاح وغيره محل النظر بعد سبق
حق الشفيع الموجب لتسلطه على اخذ الشقص على نحو تسلطه في صورة
تقايل البائع والمشتري او رده المشتري له وفسخ شرائه بعيب ونحوه كما قيل
وقد عرفت الان انه لا يمكن للشفيع ان يفسخها ويرد الشقص الى

المشتري وينتزعه منه كما هو مقتضى ادلة الشفعة وهذا بخلاف الانفساخ
الشرعي فيترتب عليهما معا كما هو محل البحث لانه لا يمكن له فسخ الانفساخ
المزبور ورد الشقص الى المشتري لينتزعه منه فانه ليس مما تعرض له المشتري
الى ان يمكن للشفيع نقضه مراعاة لسبق حقه بل قد يكون ذلك سببا لعدم
صحته ابتداء كما سبق في نظائرها مع عدم امكان الحكم بعدم صحة
الانفساخ المزبور الذي هو من الاحكام الشرعية القهرية عند عدم ثبوته
ان جميع ما فيه مجرد احتمالات خالية عن الدليل المعتبر القاطع للعذر
فقد يقال بان اخذ الشفيع للشقص من المشتري مختص بما اذا كان
باقيا عند المشتري والا فله اخذه من غيره ممن انتقل اليه شرعا مع فرض
بقاء حقه فيه ولا دليل على لزوم رده الى المشتري وانتزاعه منه ولو
فرض قيامه شرعا فقد يأتي مثله في الانفساخ القهري فانه لا مانع منه
لا عقلا ولا شرعا ومعقول محتمل له عقلا فلا يمكن التزامه اصلا عند
مدعيه بل لعل تعقله وامكانه من الضروريات ولكن في اقامة البرهان
عليه نوع صعوبة ولذا قيل بان احتمال ان للشفيع باعتبار سبق
حقه على سببه وهو البيع الصحيح ان يفسخ الانفساخ المزبور تحكيما لدليل
الشفعة عليه يدفعه انه ترجيح لما دل على الشفعة المقتضي لذلك على ما دل
على البطلان الشرعي المقتضي لبطلان حق الشفعة مع ان الترجيح للاخير
من وجوه كما قيل وان كان فيه ما فيه فلا تغفل عنه فلاحظ وتأمل
والله اعلم تنبيه لو كان انفساخ العقد بالتلف من البايع
والمشتري مع عدم علم الشفيع بالحال فقد يقال بسقوط الشفعة معه

لكونه

لكونه انفساخا شرعيا لا وجه لفسخ الشفيع له المقتضي لرد الشقص الى المشتري
لاجل ان يأخذه منه بالثمن الذي قد حلف البايع على نفيه كما حلف المشتري
على نفي ما ادعاه البايع فصار كانه مبيع بلا ثمن فلا وجه لاخذ الشفيع له
بعد انفساخه بالتحالف المزبور او قلنا بان للبايع ان يفسخ بذلك
وان لم ينفسخ قهرا ولكن قال الفاضل في القواعد ان للشفيع ان يأخذه
بما حلف عليه البايع لاصالة بقاء حقه وسبقه على الانفساخ فله ان
يفسخ هذا الانفساخ كما قيل وقد يورد عليه بعدم امكان فسخ الانفساخ
المزبور ورد المبيع الى المشتري على وجه يكون دركه عليه لاقتضائه بطلان
ما افاده العقد الاول بالتحالف كما قيل وقد يدفع بامكان التزام
كون الاخذ من البايع او منع الاقتضاء المزبور بل قد يحكم ببقاء العقد
حين وقوعه وبجهة تجدد الفسخ بعده اذ لا تنافي بينهما لا عقلا ولا
شرعا كما يشهد عليه الوجدان وقد اطنب بعض شراح القواعد هنا بما
لا ثمرة مهمة في التعرض له فلاحظ وتأمل والله اعلم قال ره ومن
حيل الاسقاط ان يبيع بزيادة عن الثمن و
يدفع بالثمن عرضا قليلا فان اخذ الشفيع لزمه
الثمن الذي تضمنه العقد وكذا لو باع بزائد
فقبض بعضا وابراه من الباقي وكذا لو نقل
الشقص بغير البيع كالهبة او الصلح اقول اما الاخير
فلا ريب فيه ولا كراهة فيه للاصل واطلاق ادلة الصلح ونحوه وليس

هو من المجمل حقيقة كما هو واضح كوضوح حكم البقية وغيرها من الصور
المذكورة في المسالك وغيرها ولكن لو لم يرض البايع
بالابراء او بالمعاوضة ثانيا بغير الجنس لزم المشتري ان يدفع
اليه جميع ما تضمنه العقد ايضا كما للشفيع اذ لا يجب عليه الوفاء
بما وعده به للاصل وغيره ولو شرط المشتري عليه ذلك في
ضمن عقد لازم او وجب عليه الوفاء بوعده بنذر ونحوه
لم يجز للبايع ان يأخذ منه الزيادة ولم يجب على المشتري دفع
البقية عملا بادلة النذور ونحوها ولكن قد يقال بان للشفيع
ان يأخذه بما لزم المشتري من الثمن فقط لانه هو الذي وقع عليه
البيع حقيقة فالزائد عليه ليس من الثمن عرفا هذا وعلى هذه الصورة
يحمل ما ذكره الفاضل في التحرير من انه لو خالف احدهما ما تواطيا عليه ١٢ انه ح
فطالبه صاحبه بما اظهر لزمه في ظاهر الحكم ويحرم عليه في الباطن
لان صاحبه انما رضي بالعقد للتواطؤ الواقع بينهما واما لو اراد
مطلق التواطؤ ان كان للوعد بالابراء ونحوه فغير متجه عليه
في الواقع لمنع ظاهر للاصل واطلاق ادلة البيع الشامل لنحو
ذلك لغة وعرفا وشرعا فانكاره قد يشبه المكابرة نعم يتجه
ذلك فيما لو باعه بعشرة مثلا ثم اقر بانه قد باعه بعشرين
وصدقه المشتري على ذلك فانه يلزمه ما اقر به في الظاهر والواقع
كما نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف بل في التحرير وغيره
الاجماع على ذلك وهو كذلك والله اعلم

قال

قال ره ولو ادعى عليه الابتياع فصدقه وقال
نسيت الثمن فالقول قوله مع يمينه فاذا حلف
بطلت الشفعة اما لو قال لم اعلم كمية الثمن لم يكن
جوابا صحيحا وكلف جوابا غيره وقال الشيخ يرد اليمين
على الشفيع اقول اما الاول فقد نص عليه كثير منهم من غير
خلاف فيه يعرف لان الشفيع لا يعلم الا من قبله ولو لم يقبل قوله
لزم تخليده في الحبس على تقدير صدقه كما قيل وعليه فاذا حلف و
يئس من العلم بطلت الشفعة لعدم امكان الاخذ بالثمن كما هو
المفروض ولكن قد يقال بصحتها بان يأخذ الشقص بالثمن الذي
قد وقع عليه العقد وتشتغل ذمته به وان لم يميزه بعينه فيرجع
فيه الى الصلح كما لو نسي البايع والمشتري نفس ما وقع عليه العقد فان
الحكم ببطلان البيع من جهة عروض النسيان لمقدار الثمن او جنسه
لا ينبغي الالتفات اليه ومثله آت بالنسبة الى الشفيع والمشتري
اللهم الا ان يتم اجماع على البطلان بالنسبة اليها فقط ولكن
انى لنا بحصوله بل قد يمنع حصول الشهرة المعتبرة بعد قلة المتعرض ل
امثال هذه الفروع النادرة الوقوع ولا وقع لاحتمال الفساد
بعد معلومية وقوع العقد صحيحا ولو شرعا كما هو المفروض ولا
دليل على حجية قوله بيمينه هنا فضلا عن حجيته بدون يمين مع بطلان
القياس على حجية قول المنكر بيمينه او على حجية قول المدعي في بعض الموارد

المنصعة المقتصر على مورد له مع جريان الاصول في غيره بل قد يقال
بنحو ذلك في الثاني ايضا ولا يكلف بجواب آخر ولا ترد اليمين على الشفيع
للاصل الثاني ولذلك كله بعد اعترافه بحجة البيع المقتضي لثبوت حق الشفعة
للشريك مع عدم الدليل على بطلانه بمجرد دعوى المشتري عدم العلم بمقدار
الثمن خصوصا مع ذكره لجنسه وخصوصا مع رضى الشفيع بدفع مقدار يعلم
دخول الثمن في جملته ولا يلزم من عدم وجوب قبول المشتري للزيادة
لما فيه من المنة ونحوها كما قيل سقوط حق الشفيع عن البيع وتعذر
سقوط حقه بمجرد جهله بمقدار الثمن مما لا شبهة عليها ان لم يكن الاطلاق
النقص ونحوه ثم هذا على عدمها اللهم الا ان يثبت لتوقف اخذ الشفيع
لحقه على دفع نفس الثمن بلا زيادة عليه اصلا فتح فيتعذر عليه اخذه مع
جهله به كما هو المفروض ولكن الا انى لذلك متظهر بل الاطلاق يحقق
نافيه وتعذر انصرافه لما حصل ذلك محل منع فلا قطع بتردد الحكم
ولو قلنا بقبول قوله بيمينه فان لم يحلف وقضى بالنكول فان كان
الشفيع مدعي العلم بقدر تعين ثبت واخذ بالشفعة به وان القضى
به حلف الشفيع على ما يدعيه واخذ به وان لم يدع العلم به وانما يدعي علم
المشتري به فقد يحتمل عدم سماع الدعوى بعد ذلك لعدم امكان الحكم ح ويحتمل
احلاف الشفيع على ان المشتري يعلم به وحبس المشتري حتى يبين قدره كما قيل
وفيه ان هذه اليمين ليست يمين منكر ولا يمين مردودة فلا وقع للقضاء
بالنكول فيها لاختصاصهما وانما هذه اليمين جزء المثبت شرعا فاذا لم
تتم الحجة الشرعية فلا يثبت بها ما ادعاه من النسيان مثلا كاليمين مع
البينة على حق على الميت ونحوه فانه اذا لم يحلف لم يثبت حقه وليس فيها
قضاء بالنكول اصلا كما هو واضح ومثله آت في الثاني ايضا فتح فلا ثمرة

فما طال به ثاني الشهيدين وغيره فلاحظ وتأمل والله اعلم
قال ره المقصد الخامس في التنازع وفيه مسائل
الاولى اذا اختلفا في الثمن ولا بينة فالقول
قول المشتري مع يمينه لانه الذي ينتزع الشيء
من يده وان اقام احدهما بينة قضي له
ولا تقبل شهادة البائع لاحدهما ولو اقام
كل منهما بينة حكم ببينة المشتري وفيه احتمال
القضاء ببينة الشفيع لانه الخارج ولو كان الاختلاف
بين المتبايعين ولاحدهما بينة حكم بها ولو
كان لكل منهما بينة قال الشيخ الحكم فيه بالقرعة
وفيه اشكال لاختصاص القرعة بموضع الاشتباه
الحكم ولا اشتباه مع الفتوى بان القول قول
البائع مع يمينه مع بقاء السلعة فتكون البينة بينة
المشتري اقول اما الاول فقد صرح به كثير منهم كما عن الشيخ وابي
الصلاح وسلار وابني البراج وزهرة وادريس وسعيد والفاضل
والشهيد وغيرهم بل هو المشهور كما اعترف به كثير منهم بل عن الغنية الاجماع
عليه ولعل الحجة مضافا الى تعليل المتن وغيره والى ان المشتري اعرف
بالعقد الذي هو فعله والى انه هو الغارم والى انه ذو اليد والى انه هو الذي

يترك لو ترك الخصومة والى ان المشتري لا دعوى له على الشفيع اذ لا يدعى
شيئا في ذمته ولا تحت يده وانما الشفيع يدعي استحقاقه ان يتملك
ما ملكه بالشراء بان يشفع فيه بالقدر الذي يعترف به الشفيع والمشتري
ينكره ولا يلزم من قوله اشتريته بالاكثر ان يكون مدعيا عليه وان
خلاف الاصل لانه لا يثبت استحقاقه اياه عليه ولا يطلب تغريمه اياه الى
غير ذلك من التعليلات العليلة ولذا قيل بتقديم قول الشفيع كما عن
الكاتب واليه مال ثاني الشهيدين لاتفاقهما معا على وقوع العقد وعلى
استحقاق الشفعة به وانما تنازعهما في القدر الواجب على الشفيع
ان يدفعه الى المشتري من الثمن فالمشتري يدعي زيادة عما يعترف به الشفيع
والشفيع ينكرها فيكون المشتري هو المدعي والشفيع المنكر فيدخل في عموم
قوله البينة على المدعي واليمين على من انكر خصوصا على تقدير تملك الشفيع
للمبيع بالثمن الواقع بان يقول شفعت به بالثمن الذي وقع عليه
العقد فيكون هو الذي قد ملك الشقص وانتزعه من المشتري واشتغلت
ذمته بثمنه ويدعي المشتري عليه انها قد اشتغلت بالف مثلا وينكر الشفيع
ويقول انما اشتغلت بخمسمائة مثلا فهما متوافقان على انتقال
المبيع الى الشفيع على نحو تسالم المتعاقدين على انتقال المبيع الى
المشتري واختلافهما في مقدار ثمنه نعم لو كان الاختلاف بينهما في كيفيات
العقد ولم يتفقا على شيء معين كما لو قال المشتري اشتريته بالف وقال
الشفيع اشتريته بمائة فالمتجه انهما متداعيان لا ان احدهما مدع والآخر
منكر كما لو قال المشتري اشتريته بالف ومائة وقال الشفيع اشتريته
بالف ولم يقل ومائة فان المتجه فيه كون المشتري مدعيا للزيادة

تشخيصه

تشخيصه بمائة وكون الشفيع منكرا لهذه الزيادة كما هو واضح
كوضوح انه اذا اثبت حكم خاص بين البائع والمشتري لنص
خاص مخالف للقواعد الا ان ذلك لا يلزم منه تعديته في المقام بعد
بطلان القياس عندنا ودعوى القطع بعدم الفرق بينهما عهدتها
على مدعيها اللهم الا ان يتم اجماع الفرقة هنا فيخرج به عن القواعد
ولكن انى بتمامه ولا ثمرة مهمة فيما اطنب به ثاني الشهيدين
وغيره بعد وضوح الحال في جميع ما ذكروه وبعد وضوح ضعف
تفصيل الكفاية وامكان كونه خرقا للاجماع المركب كما اعترف
به بعضهم فلاحظ وتامل والله اعلم واما الثاني فقد نقل عليه كثير
منهم كما عن المبسوط والتذكرة والتحرير وغيرها قيل وهو كذلك بناء
على انهما متداعيان واما على المشهور فقد يشكل سماع بينة المشتري
الذي هو المنكر عندهم وكذا يشكل على قول الكاتب سماع بينة الشفيع
لانه هو المنكر عنده ايضا فتدبر جيدا والله اعلم واما عدم قبول شهادة
البائع لاحدهما فقد حكي عن الشيخ في المبسوط والفاضل والشهيد
والثانيين وغيرهم بل قيل لا نعرف فيه خلافا صريحا ولكن عن
السرائر والاقتصاد على انه لا تقبل شهادته للشفيع لانه يدفع
عن نفسه ضرر الدرك ولعله مشعر بقبول شهادته للمشتري كما قيل
وفي القواعد انه لا تقبل شهادة البائع لاحدهما ويحتمل القبول
على الشفيع مع القبض وله بدونه ونحوه عن الدروس وهو حسن
كما عن التذكرة وقواه كما عن الحدائق ومال اليه الفخر في الايضاح

لانه اذا شهد بالزيادة بعد القبض فقد اقر بزيادة الدرك فلا تهمة
ولا يلتفت الى استحقاق المطالبة بالبدل او العين على تقدير
ظهور الاستحقاق لان ذلك لا يقصد عقلا ففي هذا المحذور واذا
شهد بالنقيصة بدون القبض فقد اقدم على نقصان حقه ومحذور
الدرك مستحق وفيه هذا قيل ولعل الاقوى هو القبول مطلقا الا في صورة
يرجع فيها الى كونه مدعيا او منكرا جريا على عمومات حجية شهادة
الثقة العدل الموافقة للاجماع المنقول ولاعتضاده مع عدم تعرض
الاكثر لذلك ومع ضعف تعليل المبسوط وغيره بان شهادته لاحدهما
شهادة على فعل نفسه وتلك لا تقبل وبانه يجر الى نفسه نفعا لانه
ان شهد للمشتري بكثرة الثمن تضمن انه يستحق ذلك عليه ثم ان
الزائد ان ظهر مستحقا استحق بدله او الرجوع الى العين ما له ان
كان الشراء بعين الثمن فهو لا يعدم النفع بل ربما كان له غرض بعود
المبيع اليه لفسخ المشتري اذا علم بالعيب او الغبن فيخشى فوات ذلك
باخذ الشفيع فينفره من الاخذ بكثرة الثمن وان شهد بنقصانه تضمن
ذلك دفع درك الزيادة لو ظهر مستحقا وربما حاول بذلك اسقاط
خيار الغبن او تقليل الارش لو ظهر المبيع معيبا بل ربما كان عالما
بالعيب فيتوقع المطالبة بارشه وربما خاف فسخ المشتري له بالعيب
او الغبن دون الشفيع فيرغبه في الاخذ بتقليل الثمن الى غير ذلك
مما ذكره الثانيان وغيرهما مما لا يخلو من نظر وبحث اذ مرجع تقليل
الشيخ انه دائما متوقع لو فسخ العقد بالثمن الذي يدعيه فلا تقبل
شهادته اصلا وان كان التقليل بالتهمة وجر النفع عليه لا يخفى
يظهر

يظهر مما ذكره في كتاب القضاء في بيان ذلك فلاحظ وتامل والله العالم واما
الثالث فقد اختلفوا فيه على اقوال منها ما عن السرائر والتذكرة والتحرير
والقواعد والايضاح وجامع المقاصد والكفاية وغيرها من اختيار تقديم
بينة الشفيع لانه هو الخارج فتقدم بينته كما قيل ومنها ما عن الخلاف
والمبسوط والمختلف وغيرها من تقديم بينة المشتري كما هو حجة اليد وغيره
لغة وعرفا فتقدم بينته ومنها ما عن الجامع من الحكم بالقرعة لانها لكل امر
مشكل ومنها ما عن الكاتب من انه ان اقر المشتري بالشفعة فالبينة عليه
في قدر الثمن واليمين على الشفيع وان لم يقر بها فالبينة على الشفيع
وكان مراده انه ان اقر المشتري بان الشفيع قد اخذ الشفعة وتملك
العين فالبينة عليه في قدر الثمن لانه مدع للزيادة والشفيع ينكرها
وان لم يقر له بذلك فالشفيع هو المدعي لان تملك المبيع بالاقل من زعم
من المشتري بذلك الثمن والمشتري ينكر ذلك ولعله هو حاصل ما في الكفاية
من انه لا يبعد ان يقال بانه اذا سلم المشتري مطالبة الشفيع ثم اختلفا
في قدر الثمن فالقول قول الشفيع لانه منكر للزيادة فيكون
داخلا في قاعدة لزوم اليمين على من انكر وان لم يسلم المشتري البيع اليه وقلنا
بوجوب تسليم الثمن اولا فيرجع الامر الى كون الشفيع مدعيا وكون
المشتري منكرا فيكون القول قول المشتري هذا مع عدم البينة واما معها
ففي الصورة الاولى تقبل بينة المشتري لانه مدع وفي الصورة الثانية
تقبل بينة الشفيع لكونه مدعيا انتهى وكيف كان فلكل واحد منهما بينة
قيل تقبل بينة المشتري وقيل تقبل بينة الشفيع والاقرب انه تقبل

بينة المدعي ومع ذلك يظهر ان خرقها للاجماع المركب غير معلوم فلاحظ وتامل
والله اعلم واما الرابع فقد سبق تمام البحث فيه في كتاب البيع فلا ثمرة
مهمة في اطالة الكلام فيه هنا كما وقع لبعضهم فلاحظ وتامل والله اعلم

قال ره واذا قضى بالثمن تخير الشفيع في الاخذ بذلك
وفي الترك اقول لا اعرف خلافا في ذلك في جميع الصور التي تعمه
لان ذلك هو الثمن شرعا ظاهرا ولتعذر الحكم بخلافه شرعا لنفاذ
الحكمين حينئذ كما قيل ولعدم امكان مراعاة الواقع فكل واحد منهما يتبع علمه
بظلم ولا نظلم الا ان ذلك خارج عن محل البحث وقد وقع الخلط
بينهما في كثير من العبارات من تظن وقوع الخلاف هنا الا انه في غير محله
فلاحظ وتامل والله اعلم تنبيه لو كان الثمن عرضا وقلنا بثبوت
الشفعة في البيع بقيمته واختلف فيها من جهة تلف العين ونحوه
فقد قيل بانه لا فرق بينه وبين الاختلاف في نفس الثمن لجريان
جميع التعليلات لجميع الاقوال فيهما معا كما قيل ولكن للبحث في
ذلك كله مجال ولذا استشكل فيه الفاضل وغيره فلاحظ وتامل والله اعلم

قال ره الثانية قال في الخلاف اذا ادعى انه باع
نصيبه من اجنبي فانكر الاجنبي قضي بالشفعة
بظاهر الاقرار وفيه تردد من حيث توقف
الشفعة على ثبوت الابتياع ولعل الاول
اشبه اقول وهو خيرة الشيخ في المبسوط والفاضل والشهيد و
الثانيان وغيرهم على ما عن بعضهم عملا باقراره النافذ عليه شرعا فيؤخذ
به وان نفى المشتري ذلك عنه بيمينه الا انه غير قادح في تكذيب الاقرار

كى

كى لا يعمل به شرعا ولكن عن ابن ادريس في السرائر انكار ذلك لانه لم يثبت
تقتضيه اصول اصحابنا ومذهبهم ان الشفعة لا تستحق الا بعد ثبوت
البيع وتستحقها الشفيع وياخذها من المشتري دون البايع والبيع ما صح
ولا وقع ظاهرا ولا يحل للحاكم ان يحكم بان البيع قد حصل وانعقد فكيف
يستحق الشفعة في بيع لم يثبت عند الحاكم وكيف ياخذها من البايع والعقد
الاصل ان لا شفعة فمن اثبتها احتاج الى دليل قاطع فيها وهذه المسئلة
حادثة نظرية لا يرجع فيها الا قول بعض المخالفين بل يحتاج الى تامل
وان يرد الى اصل المذهب وما تقتضيه اصول اصحابنا فليلحظ ذلك
وتبعه على ذلك بعض من تاخر وقال انه في غاية الجودة خصوصا بعد عدم
ثبوت البيع باقرار المشتري مع البايع فضلا عن البايع خاصة وبعد مخالفة
الشفعة للاصل التي ينبغي الاقتصار فيها على المتيقن فضلا عما كان الشك في
من الادلة خلافه وبعد الاجماع بقسميه على ان الشفيع ياخذ من المشتري على
وجه يكون دفع الثمن اليه جزء تملكه وبعد معلومية عدم ثبوت الموضوع
بالاقرار الذي هو حجة على نفس المقر لا انه مثبت للموضوع الذي علق
الشارع عليه حكم الاخذ بالشفعة مع تصادق الشفيع والمشتري لعدم ثبوت
الموضوع شرعا بل الاعتبار بحق فيهما وقد اعترفا به كما قيل الا ان المنع
للجميع مستظهر ولذا انكره الاكثر وادعوا ان قول الشيخ هو الاوفق
بالاصول وعمومات الشفعة الشاملة لذلك ايضا وان الشفيع
ينتزع من المشتري بمقتضى اقرار البايع له ولا ينافيه انكار المشتري له و
سببه لوازم اقرار البايع بان المبيع ملك للمشتري تترتب عليه ويؤخذ
بها البايع من جهة اقراره ولا يترتب على المشتري شيء من جهة انكاره ولا

يدفع اليه الثمن لذلك ولكن يدفع الى البايع لياخذه من باب المقاصة عن
الثمن الذي له عليه في ذمته اما غير ذلك من الاحكام الجارية على القواعد
الشرعية التي لا ثمرة مهمة في الاطناب بها هنا كما وقع لبعضهم ولعل النزاع
بين الشيخ وغيره لفظي فان غرضه اجراء احكام الشفعة على البايع
الزاما له باقراره وغرض الجماعة نفيها عن البيع الواقع الذي تترتب
عليه جميع الاحكام بالنسبة الى البايع والمشتري وغيرهما فهذا المعنى لا يقول
به الشيخ والاكثر كما لا يخفى على من لاحظ عباراتهم وتعليلاتهم فلاحظ
وتدبر والله اعلم قال رحمه الله الثالثة اذا ادعى ان شريكه ابتاع
بعده فانكر فالقول قول المنكر مع يمينه فان حلف
بان لا يستحق عليه شفعة جاز فلا يكلف اليمين
على انه لم يشتر بعده ولو قال كل منهما انا اسبق
فلي الشفعة فكل منهما مدع ومع عدم البينة
يحلف كل منهما لصاحبه وتثبت الدار بينهما
ولو كان لاحدهما بينة بالشراء مطلقا لم يحكم
بها اذ لا فائدة فيها ولو شهدت لاحدهما
بالتقدم على صاحبه قضي بها ولو كان لهما
بينتان بالابتياع مطلقا او في تاريخ واحد فلا
ترجيح ولو شهدت بينة كل واحد بالتقدم
قيل تستعمل القرعة وقيل سقطتا وبقي الملك
على الشركة اقول اما الصورة الاولى فلا نعرف فيها خلافا كما اعترف
به بعضهم لعموم قولهم اليمين على من انكر وقوله على المدعى عليه ونحو
ذلك

ذلك مما لا ينكر شموله لذلك وغيره لغة وعرفا مع اصالة عدم استحقاق الشفعة
عليه كما في المسالك وغيرها ولا يلتفت الى ما قيل من ان الشفعة مرتبة على
الشراء او بعده وذلك موافق لاصالة تاخر الحادث فتثبت له الشفعة الا ان
يدعي خلاف ذلك فيرجع الى الصورة الآتية لوضوح عدم حجية مثل ذلك من
الاصول المثبتة ولان ذلك غير مانع من صدق المنكر عليه عرفا والمدار عليه لا على
موافقة الاصل وعدمه كما هو محرر في محله مع ما قيل من اصالة عدم تحقق شرط
الشفعة كما قيل واصالة عدم تقدم شرائه غير منافية للشك في تحقق الشرط
بعد معارضتها بمثلها كما في نظائره والله اعلم واما الاكتفاء بحلفه على انه
لا يستحق عليه شفعة مطلقا وان كان انكاره للاخص منه فقد نص عليه كثير
منهم من غير خلاف فيه يعرف للاصل ولحصول الغرض كما في سائر الموارد وعموم
الادلة التي ورد منها قولهم ص اليمين على من انكر وعلى المدعي كونها على طبق انكاره
عموما او خصوصا فلا يكلف الحلف على نفي الخاص مع امكان تحقق عهدتها على مدعيه
وكونه قادرا على الحلف على نفي الخاص غير قاض بوجوبه عليه وان زعمه بعض
من جهل الله الرشد في خلقه فتدبر جيدا والله اعلم واما الصورة الثانية
فلا ريب في كونهما متداعيين كما نص عليه كثير منهم لاصالة عدم تقدم احدهما
على الآخر من غير فرق بين العلم بتاريخ احدهما وبين الجهل به ويتجه فيه التحالف
مع عدم البينة لاحدهما وتكون الدار حينئذ بينهما بلا شفعة لاحدهما على الآخر
كما نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف وربما يشكل ذلك بانهما دعويان
مستقلتان لا دعوى واحدة يكون الحكم فيها بالتحالف فيتجه في مثله ان
يقال بانه ان سبق احدهما بالدعوى اولا كان على صاحبه وقلنا بالترجيح

او اقرع الحاكم واستخراج تقديم اتهما بالدعوى مع فرض تقارنهما سمع
دعويه ويحلف المنكر مع عدم البينة فان نكل حلف المدعي
وقضى له ولم تسمع دعوى الآخر بعد استحقاق خصمه ملكه بناء على
اعتبار سبق الملك في استحقاق الشفعة نعم لو حلف ولم
ينكل سقطت دعوى خصمه عليه الشفعة وبقيت له الدعوى
بها فاذا ادعى بها وحلف خصمه استقر الملك بينهما على الشركة
بلا شفعة وان نكل حلف هو وشفع ان اراد وصار الكل
له كما عن موضع القواعد وعن المبسوط والمهذب والتذكرة
والتحرير وجامع المقاصد وغيرها وذلك مناف لما ذكروه هنا
من سماع الدعويين معا والتحالف بينهما كما قيل وقد يدفع
بان المراد بالتحالف في كلامهم انما هو التحالف على الوجه المزبور
لا التحالف الذي هو في دعوى واحدة كالاختلاف في ثمن
مبيع واحد انه هو الدابة او العبد مثلا ولكن فيه ما فيه في قولهم
ايضا اذا اقام كل منهما بينة فالتساقط او القرعة فانه ظاهر
في كونه دعوى واحدة الا ان الظهور المزبور محل منع بل هو
اعم من ذلك ولا حاجة الى ما قيل من ان المراد منه ان المدعي
للسبق اذا اقام عليه بينة بانه السابق بعد قيام البينة من
خصمه على انه هو السابق سمعت منه من غير ان تكون دعوى مستأنفة
لان كلا منهما مقدم في الدعوى على ملك الآخر فله ان يدفعها عن
نفسه

نفسه كما سمعت بينة المشتري اذا اختلف هو والشفيع في الثمن
مع ان الشفيع هو المدعي وكما تسمع بينة البائع اذا اختلف
هو والمشتري في بقاء العين انتهى اذ فيه من التكلف والتعسف
بلا داعي اليه اصلا مع ما قيل من ان مقتضاه كون الدعوى
واحدة فيها التحالف نحو غيرها من مسائل التحالف ونحوها مما
يكون فيه التحالف ولكن المانع لذلك ايضا مستظهر بل هو
اعم من ذلك ولا حاجة ايضا الى ما قيل من ان الظاهر ان الحق
انهما وان كانا دعويين باعتبار ان كلا منهما يدعي الشفعة
في شقص الآخر فهما شفعتان الا انه على ابرازهما على
وجه يكون كالدعوى الواحدة التي فيها التحالف باعتبار
ان كلا منهما يدعي السبق الذي هو واحد مع ان الدعوى لا تجب
بالدعوى بل حتى تنتهي الاولى اذا كانت مستقلة عنها لا ارتباط
لها بها بخلاف المقام ونحوه الذي يكون مقتضى احدهما في
الآخر في حالة لان تكون جوابا عنها كما في المقام فان جواب
الخصم بانه الاسبق يقتضي بطلان دعواه السبق المستحق به
الشفعة ولعله لذا لا ان ظاهر الاصحاب في المقام انهما دعوى واحدة
يكون فيها التحالف انتهى فانه تعسف وتكلف بلا داعي اليه مع
منع ظهور المزبور من كلامهم بل لا نكير ظهوره في انهما دعويان
وانهما يتحالفان على الوجه السابق فتأمل جيدا والله العالم ولا مع وجود لاحدهما فقط

فان كانت مطلقة لم يحكم بها اذ لا فائدة فيها لعدم انطباقها
على دعويه كما هو واضح والله اعلم ولو شهدت بالتقدم على صاحبه
حكم له بها كما صرح به كثير منهم لشمول ادلتها لذلك وغيره ولا
يقدح فيها وجود بينة مطلقة للآخر بعد عدم قبولها لعدم
الفائدة فيها ودعوى انها لا تحقق الشفعة وان شهدت
بالتقدم لامكان وجود مانع منها كما قيل واضحة السقوط
لاحالة ترتبها على ذلك شرعا من شهد الا ما يمنع منها في
نظائره والله اعلم ولو كان لكل واحد منهما بينة مطلقة
او في تاريخ واحد على وجه لا يكون بيع احدهما سابقا على
الآخر فلا ترجيح لاحدهما لعدم الفائدة فيها لان المطلقة
ولان المقيدة على الوجه المزبور كما هو واضح والله اعلم ولو
شهدت كل واحدة منهما بالعدم لصاحبها ففي الشيخ والقاضي
والمحقق الثاني انه تستعمل فيه القرعة لانها لكل امر مشكل
كما جزم به بعضهم ولو لم نقل بها فالوجه تساقطهما كما ارسله المصنف
وغيره وقولا لتكاذبهما لعدم الترجيح بينهما وعدم امكان العمل بهما
بالقسمة وان حكى احتمالها المذكورة ودعوى معلومية عدم
سقوط البينتين معا بعد العلم بحجية احديهما كما قيل محل منع
وقد يجب لذلك تتمة في كتاب القضاء انشاء الله تعالى وبالنبي ص
والله ع قال رحمه الله الرابعة اذا ادعى انه ابتاع

وزعم

وزعم الشريك انه ورث وانما البينة قال
الشيخ يقرع بينهما لتحقق التعارض فلو ادعى
الايداع قدمت بينة الشفيع لان الايداع لا ينافي
الابتياع ولو شهدت بالابتياع مطلقا وشهدت
الاخرى ان المودع اودعه ما هو ملكه في تاريخ
متاخر قال الشيخ قدمت بينة الايداع لانها
انفردت بالملك ويكاتب المودع فان صدق
قضي ببينته وسقطت الشفعة وان انكر قضي
ببينة الشفيع ولو شهدت بينة الشفيع ان
البائع باع وهو ملكه وشهدت بينة الايداع
مطلقا قضي ببينة الشفيع ولم يراسل المودع
لانه لا معنى للمراسلة هنا اقول اما الاول فهو حجة
الشيخ لعدم تولد القرعة لكل امر مشكل وقد يدفع بعدم الاشكال
هنا لان الشفيع هو المدعي حقيقة لانه الخارج ولانه يطلب انتزاع ملك
الشريك الذي يعتقد الاصل بقائه ولانه يترك لو ترك ونحو ذلك مما ذكره
الفاضل والشهيد الثاني وكثير منهم على ما حكى بعضهم ودعوى الارث مثلا لا توجب
شيئا للمدعي على الشفيع كي تكون بينته الترجيح بل لا تزيد على كونه منكرا للبيع
الذي ترتب عليه الشفعة ومعارضة الانكار لدعوى الارث مثلا لا تقتضي ترجيح بينته
معارضا زائدا على كونه منكرا كي يكون مدعيا على الشفيع وتكون بينته معارضة
لبينة الشفيع بل ربما يجمع بينهما بامكان عدم اطلاع بينة الارث على الشراء او كونه
ممن يوجب الانتقال عن المالك قبل موته فشهدت بانتقاله بالارث مع اطلاع

بينة الشفيع على زيادة الابتياع فشهدت وقد يدفع بان
بينة الارث تشهد بحصر سبب تملكه بالارث فتنفي البيع
فيتحقق التعارض بينهما وح فيقرع بينهما لعدم رجحان احديهما
على الاخرى وتقديم بينة الاثبات على النفي انما يسلم حيث
لا يرجع النفي الى الاثبات كما في المقام ونحوه وكون كل واحد
منهما يدعي خلاف الاصل فيكونا متداعيين خارجين لا مرجح
لبينة احديهما على بينة الاخرى فيقرع بينهما مدفوع بعدم كون
المدار في المدعي والمنكر على مخالفة الاصل وعدمها كما هو محرر في محله
فتأمل جيدا والله اعلم واما الثاني فلا نعرف فيه خلافا لقاعدة المدعي
والمنكر لان الايداع لا ينافي الابتياع بعد امكان الجمع بينهما
عادة كما هو واضح والله اعلم واما الثالث فعن الشيخ في
المبسوط وعن التذكرة والدروس وغيرها انه تقدم بينة
الايداع لانفرادها بالملك في زمان متأخر عن زمن الابتياع
الذي شهدت به بينة الشفيع كما هو المفروض وفيه ان هذا
المقدار من الانفراد لا يصير المالك مدعيا كي تقدم بينته
بل هو باق على انكاره فالمتجه تقديم بينة الشفيع لانها ناقلة
عن الاصل وبينة الايداع مقررة له وان الاول مقدم على الاخر
لصدق المدعي على الناقل كصدق المنكر على المقرر له وعلى الاول

فقد قيل

فقد قيل بانه يكاتب المودع فان صدق قضي ببينته وسقطت الشفعة
وان انكر قضي ببينة الشفيع ولكن للبحث فيه مجال اذ تصديقه
له لا يصيره مدعيا بل هو باق على انكاره لغة وعرفا فتقدم بينة الشفيع
فيه ايضا لانه هو المدعي لغة وعرفا فيقدم بينته كما في نظائره والله اعلم
واما الرابع الذي هو عكس الثالث فلا نعرف فيه خلافا لعدم التنافي
بينهما مع صدق المنكر على مدعي الايداع كصدق المدعي على مدعي الابتياع
لغة وعرفا فيقدم قوله وبينته على نحو ما في الصور التي انهيت الى اربع
وعشرين صورة فان الظاهر اتحاد الحكم فيها اجمع حتى في اتحاد تاريخ
البينتين على وجه لا يمكن الجمع بينهما بان قالت احديهما بعد الزوال بلا
فصل اودعه عنده وقالت الاخرى باعه منه لوضوح التنافي بينهما سواء
تعرضت فيهما بكونه اودع ملكه او باعه او لم تتعرض له فيهما معا او تعرض
له في احديهما دون الاخرى لوجود التنافي في الجميع ولذا قيل باجراء القرعة
في ذلك كما عن التحرير وغيره لانها لكل امر مشكل كما قيل وفيه انه
لا اشكال فيه بعد اجراء ميزان القضاء كما هو واضح فتأمل جيدا والله اعلم
قال الخامسة اذا تصادق البائع والمشتري
ان الثمن غصب وانكر الشفيع فالقول قوله ولا
يمين عليه الا ان يدعى عليه العلم اقول لا خلاف
في ذلك ولا اشكال لاصالة الصحة الجارية في امثال ذلك مع معف

اقرارهما بالف دعا الشفيع كما في نظائره ولعدم كونه فعلا كي
يتوجه اليمين على نفيه كما هو واضح كوضوح توجه اليمين عليه لو ٢ عليه منه
ادعى عليه علمه بالغصب فيحلف ح على عدم علمه به كما في نظائره
والله اعلم تنبيه لو اخذ الشفيع الشقص بالثمن الذي قد وقع عليه
العقد كان عليه دفعه الى المشتري بمقتضى العقد المحكوم بصحته وحقيته
ولكن لما اقر المشتري بكونه فاسدا وانه لا يستحق ثمنا اصلا وكذا البايع
فطريق التخلص منه ان لا ياخذه المشتري ويدفعه الى البايع ليأخذه
مقاصة عن قيمة الشقص الذي قد اخذه الشفيع وح فان بقي عنده
شيء من الثمن فهو مال لا يدعيه احد ومحله الى الحاكم كما قيل وفيه ان البايع
والمشتري يزعمان انه للشفيع فعليهما ان يدساه في ماله كما في نظائره
الى غير ذلك من صور الاقرار بغصبه من الشفيع وحده او مع البايع
او مع المشتري ومن صور النزاع الكثيرة التي يعرف حكمها بملاحظة
النظائر والقواعد الشرعية بادنى ملاحظة ولا ثمرة مهمة في الاكثر
منها كما وقع لكثير منهم فلاحظ وتامل والله العالم والحمد لله رب العالمين
اولا وآخرا وظاهرا وباطنا وصلى الله على محمد وآله الطاهرين
تم كتاب الشفعة بالخير النفع الاتم ويتلوه كتاب احياء الموات ان شاء الله
تعالى اتمامه واتمام غيره ١٣٠٣

شرعت في سابع عشر
من شهر شوال المكرم
١٢٣٤

بسم الله تعالى يا معين اعن عبدك بالنبي وآله

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين
كتاب احياء الموات والنظر في اطراف اربعة الاول
في الارضين وهي اما عامرة واما موات فالعامرة
ملك لمالكها لا يجوز التصرف فيه الا باذنه وكذا
ما به صلاح العامر كالطريق والشرب والقناة
اقول لا خلاف ولا اشكال في جواز الاحياء في الجملة بل الاجماع بقسميه عليه
بل لعله من الضروريات مضافا الى الاصول والكتاب العزيز والنصوص
المستفيضة او المتواترة وسيرة المسلمين وسائر اهل الملل بل لا ريب
في رجحانه عقلا وشرعا عموما وخصوصا فعن النبي صلى الله عليه وآله انه قال من احيا ارضا
ميتة فهي له وله فيها اجر وما اكله العوافي منها فهو صدقة وغيره بل قيل انه
قد اتفقت الامة على استحبابه بل ربما يحكم بوجوبه حيث يتوقف عليه بعض
الواجبات عينا او كفاية كما في نظائره واما عدم جواز التصرف في الارض
العامرة الا باذن اربابها او باذن الشرع في ذلك فمن المعلومات
عقلا ونقلا كتابا وسنة واجماعا كما في سائر الاملاك على وجه لا ينافي ذلك
الفحوى وشاهد الحال كما في نظائره ايضا والله اعلم قال ره ويستوي
في ذلك ما كان من بلاد الاسلام وما كان من
بلاد

بلاد الشرك غير ان ما في بلاد الاسلام لا يغنم وما
في بلاد الشرك يملك بالغلبة عليه اقول لا خلاف
في ذلك ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه والكتاب العزيز كالسنة المستفيضة
او المتواترة الآتية وغيرها والله اعلم قال ره واما الموات
فهو الذي لا ينتفع به لعطلته اما لانقطاع
الماء عنه او لاستيلاء الماء عليه او لاستيجامه
او غير ذلك من موانع الانتفاع فهو للامام ع
لا يملكه احد وان احياها ما لم ياذن له الامام ع
واذنه شرط فمتى اذن ملكه المحيي له اذا كان
مسلما ولا يملكه الكافر ولو قيل يملكه مع اذن
الامام ع كان حسنا اقول المرجع في الموات الى العرف
واللغة اذ ان لم يكن لها حقيقة شرعية ولا مراد شرعي كما هو
المفروض والظاهر انهما منطبقان على ذلك كما لا يخفى على من
لاحظ كتب اللغة المعروفة ولا فرق في تسمية الموات بالاجامة
او بالعطش او بغير ذلك وان تحقق فيها بعض رسوم العمارة ان تم اذ
لا منافاة بينهما لا لغة ولا عرفا ولا شرعا كما يشهد عليه الوجدان السليم
وما قد يستفاد من كثير من العبارات من قصرها على الاول في غير
محله بل كانه غير مراد لها وقد عرفت ان بقاء بعض الرسوم فيها مانع عن

وما نطق به

احياؤها غاية التحجير ما لا ثبت عليها ان لم يكن عاما عدمها كما هو مقتضى
اطلاق النصوص وغيرها والظاهر ان الارض التي جرت العادة
ان يحيى زرعها مثلا بالمطر من افراد العامرة التي هي ملك لاربابها
التي يتقوى الى نزعها وغرسها ونحوهما وكذا الارض التي جرت
العادة باستيلاء الماء عليها عند طغيان الفرات فلا انتم تنحسر
عنها بعد ذلك فيه جيدا والله اعلم واما كونه ملكا للنبي صم وللامام ع
من بعده ص فلا خلاف فيه ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه
والنصوص ناطقة به فقد المروي عنه ع انه قال عادي الارض
لله تع ولرسوله ص ثم هي لكم مني ايها المسلمون وانه ص قال موتان
الارض لله تع ولرسوله ص ثم هي لكم مني ايها المسلمون وانه ص قال
من احيا ارضا ميتة فهي له وعنه ع انه قال من احاط حائطا على ارض فهي له
وعن ابي جعفر ع انه قال قال رسول الله ص من احيا مواتا فهو له
وعنه ع وعن الصادق ع انهما قالا قال رسول الله ص من احيا
ارضا مواتا فهي له وعن الصادق ع انه قال قال رسول الله ص من غرس
شجرا او حفر واديا بديا لم يسبقه اليه احد او احيا ارضا ميتة فهي له
قضاء من الله تع ورسوله ص وعنه ع ايما قوم احيوا شيئا من
الارض وعمروها فهم احق بها وهي لهم الى غير ذلك من النصوص
الواردة من طرق العامة والخاصة التي مقتضى الجمع بينها ان الموات
لهم ع وانهم قد اذنوا واباحوا احياءها فهي له وان لولا اذنهم ع
بذلك لم يملكوها بالاحياء وان كان في نفسه جائزا بل مستحبا

في كون الاراضي ملكا له ص واله ع

في كون الاذن شرطا في تملك المحيي منهم ع

البدو ... الاسلام ... [illegible]

دليل

وعليه تحمل النصوص الدالة على ان الارض لهم ع كالمروي عن ابي جعفر ع انه
قال وجدنا في كتاب علي ع ان الارض لله تع يورثها من يشاء من عباده و
العاقبة للمتقين انا واهل بيتي الذين اورثنا الله تع الارض ونحن المتقون
والارض كلها لنا فمن احيا ارضا من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها الى الامام
من اهل بيتي ع وله ما اكل منها وان تركها او خربها فاخذها رجل من المسلمين من بعده
فعمرها واحياها فهو احق بها من الذي تركها فليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتي
وله ما اكل حتى يظهر القائم من اهل بيتي ع بالسيف فيحويها ويمنعها ويخرجهم
منها كما حواها رسول الله ص ومنعها الا ما كان في ايدي شيعتنا فيقاطعهم على ما في
ايديهم ويترك الارض في ايديهم وغيره فانه كالنص في عدم تملك المحيي بل عدم
الاذن منه ع بذلك مطلقا وان كان الا ما نبا الا انه ع قد تفضل على شيعته بالاذن في
ذلك وايديهم منا منه ع عليهم والكرامة منه ع لهم ولذا اتفق الاصحاب كما
اعترف به كثير منهم صريحا او ظاهرا على اشتراط اذنه ع في تملك المحيي وانه لا يملك
بدونه اجماعا وهو الحجة مضافا الى اصالة عدم التملك الا بسبب شرعي ولم يثبت كون
الاحياء مطلقا سببا شرعيا واطلاق النصوص الا بعد مقيد بذلك قطعا او [illegible]
مضافا الى عموم قوله ص لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه فان نفي حل التصرف فيه
مطلقا يستلزم عدم صحة التملك له قطعا وان كان بعض الاحكام الوضعية
قد تترتب على فعل بعض المحرمات الا انه ليس محل قيل المقام كما هو واضح والى
قوله ص ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه بل قد ينضج ذلك في الانفال
التي هي له ع كتابا وسنة واجماعا ولا يجوز لاحد التصرف فيه الا باذنه ع والظاهر
عدم اشتراط الاذن الخاصة بالاحياء لكل شخص شخص بل تكفي الاذن العامة
بذلك الى صلة بالنصوص السابقة وغيرها ودعوى الاجماع على اشتراط الاذن الخاصة
وعلى عدم كفاية الاذن العامة بذلك واضحة المنع بل لعل عكسها اولى بذلك

في كفاية الاذن العام

والبعيد بالفتح
الارض التي لم تزرع
مجمع البحرين

في كون الاحياء سببا
مستقلا للملك ام لا

خصوصا مع ما قيل من ملاحظة النصوص المستفيضة الدالة على الشراء من ارض
اليهود والنصارى على انه لا بأس به فانها كالنص في ان احياءهم بدون اذن
منهم ع لا عموما ولا خصوصا مع تملكهم لها فينكشف ذلك عن عدم اشتراط
الاذن بالاحياء في التملك كما هو مقتضى عموم قولهم ع من احيا ارضا ميتة فهي
له ونحوه كما قيل ولا موجب لقصرها على حال الغيبة وقصور اليد عن تصرفهم
كما وقع لبعضهم بل العلة في الزعم بالغيب ففي صحيح ابن وهب عن ابي عبد الله ع
انه قال ايما رجل اتى خربة بائرة فاستخرجها وكرى انهارها وعمرها فان
عليه فيها الصدقة فان كانت ارضا لرجل قبله فغاب عنها وتركها و
اخربها ثم جاء بعد ذلك يطلبها فان الارض لله تعالى ولمن عمرها الى غير
ذلك من النصوص الدالة على التملك بالاحياء وربما تحمل على الاحقية دون
الملكية كما في الاستبصار وغيره جمعا بينها وبين ما دل على ان الموات
من الانفال وانها ملك للامام ع وانه ينتزع ممن احياها الا اذا كان
من شيعته ع فانه ع يتركها في يده ويأخذ منه خراجها ونحو ذلك كما قيل
وفيه انه لا منافاة بين ملكه ع لها وبين تملكه لها لغيره بسبب من الاسباب
الشرعية التي منها احياؤها باذنه ع كما هو المعروف من مذهب الاصحاب بل عليه
اجماعهم كما حكاه كثير منهم صريحا او ظاهرا مستفيضا او متواترا واما بدون
اذنه ع فلا تملك بل ولا يكون سببا للاحقية المحتملة بها ايضا للاصل
وظاهر نصوص الانتزاع منهم ونحوها ولكن قد تحمل هذه النصوص على ارض
الخراج لا على ارض الموات التي هي للامام ع كما هو محل البحث اذ تحمل كثير
منها كنصوص الشراء من اهل الذمة ونحوهم على الارض التي صولح عليها لا على
الارض الموات بل لعل النصوص الكثيرة ظاهرة في احد هذين الوجهين كما
لا يخفى على من لاحظها فاحوطها النظر في سياقها واولها وآخرها ولكن قد

وقع

في حصول الملك
للكافر بالاحياء
مع وقوع اذنه ع
او عدمه خلاف

وقع الخلاف في الاستدلال بها بما في كثير من العبارات فلاحظ وتامل ولا تغفل
وكيف كان فلا ينبغي تملك المسلم للموات اذا كان الاحياء باذن الامام ع
مع كون المحيي مؤمنا بل مسلما بل الاجماع بقسميه عليه وهو المتيقن من النصوص السابقة
وغيرها وانما الاشكال في تملك الكافر به والمشهور كما اعترف به كثير منهم عدمه
بل ظاهر المتن وغيره عدم ثبوت الخلاف فيه بل ظاهر كثير من العبارات نسبته
الى الاصحاب او الى اجماعهم ولعله هو الحجة مضافا الى اصالة عدم تملكهم ولو بعد
الاعراض كما قيل عن العمومات القاضية بتملكه كما مال اليه المحقق وغيره كما عن ظ
الخلاف والسرائر والجامع والنافع والتحرير والمهذب واللمعة وغيرها بل عن
الخلاف الاتفاق على نسبة الاول الى الاصحاب فضلا عن دعوى ان اذنه ع بالاحياء
تستلزم التملك [illegible] يستلزم استلزاما عقليا لا يمكن التخلف عنه اصلا واوضح منه
كدعوى ان الامام ع ليس له الاذن بذلك للكافر فانها من الزعم بالغيب الذي لا يجد
له ع مانع لا عقلا ولا شرعا مع انها على تقدير تسليمها خارجة عن محل البحث
كما هو واضح كوضوح اذنه ع بتملك الكافر باحيائه خارجة عنه ايضا هذا وقد
يستدل على تملكه بالاحياء المأذون به منه ع بالعمومات التي تعم بعد عدم ثبوت
الاعراض المعتبر عنها كما يظهر مما سبق وبصحيح ابن مسلم عن ابي عبد الله ع عن
الشراء من ارض اليهود والنصارى فقال ع ليس به بأس وقد ظهر رسول الله ص
على اهل خيبر فخارجهم على ان يترك الارض في ايديهم يعملون بها ويعمرونها
وما بها بأس اذا اشتريت منها شيئا ايما قوم احيوا شيئا من الارض او عمروه
فهم احق بها وهي لهم وصحيح ابي بصير عن ابي عبد الله ع عن شراء الارضين
من اهل الذمة فقال ع لا بأس بان يشترى منهم اذا عمروها واحيوها فهي لهم

الصحيح

او عملوه

وقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله حين ظهر على خيبر وفيها اليهود خارجهم على امر وترك
الارض في ايديهم يعملونها ويعمرونها الى غير ذلك من النصوص كما قيل ولكن
قد يقال بان مورد الصحيحين ونحوهما انما هو الارض الخراجية فلا ربط لها
في محل البحث ومثلهما خبر عمر بن يزيد قال سمعت رجلا من اهل الجبل يسأل
ابا عبد الله ع عن رجل اخذ ارضا مواتا تركها اهلها فعمرها وكرى انهارها وبنى
فيها بيوتا وغرس فيها نخلا وشجرا قال فقال ابو عبد الله ع كان امير المؤمنين ع
يقول من احيا ارضا من المؤمنين فهي له وعليه طسقها يؤديه الى الامام ع في
حال الهدنة فاذا ظهر القائم ع فليوطن نفسه على ان تؤخذ منه ونحوه نصوص
كثيرة واطلاق الشراء فيها منزل على شراء حقه منها كما في بعض النصوص
الواردة في بيع ارض الخراج فلاحظ وتامل والله اعلم تذنيب الظاهر انه
لا فرق بين زمن تسلط الامام ع على الاراضي وبين زمان عدمه حاضرا
كان او غائبا وكذا لا فرق بين صدور الاذن منه ع لمؤمن او مسلم او كافر
ذمي او حربي باذن خاصة او عامة ولا بين الموات في بلاد الاسلام او
في بلاد الكفر لشمول اطلاق النصوص لجميع ذلك وما في كثير من العبارات من
الفرق في ذلك مما يبعض الاعتبارات والتعليلات العليلة
في غير محله فلاحظ وتامل والله اعلم قال ره والارض المفتوحة
عنوة للمسلمين قاطبة لا يملك احد رقبتها
فلا يصح بيعها ولا رهنها ولو ماتت لم يصح
احياؤها لان المالك لها معروف وهو
المسلمون قاطبة وما كان منها مواتا وقت

الفتح

الفتح فهو للامام ع وكذا كل ارض لم يجر عليها ملك
المسلم اقول لا خلاف في شيء من ذلك بل الاجماع بقسميه عليه والنصوص
المستفيضة او المتواترة ناطقة به كخبر ابي الربيع الشامي عن ابي عبد الله ع
عن رجل اكترى ارضا من ارض اهل الذمة من الخراج واهلها كارهون
وانما تقبلها من السلطان لعجز اهلها عنها او غير عجز ام عنها فقال ع
اذا عجز اربابها عنها فلك ان تأخذها الا ان يضاروا وان اعطيتهم
شيئا فسخت انفس اهلها لكم بها فخذوها وعن رجل اشترى ارضا من
ارض الخراج فبنى فيها او لم يبن غير ان اناسا من اهل الذمة نزلوها
اله ان يأخذ منهم اجور البيوت اذا ادوا جزية رؤوسهم فقال
يشارطهم فما اخذ بعد الشرط فهو حلال وخبر زرارة انه قال لا
بأس بان يشترى ارض اهل الذمة اذا عمروها واحيوها فهي لهم وخبر
محمد عن ابي جعفر ع وخبر عمار وزرارة عن ابي عبد الله ع انهم سألوه
عن شراء ارض الدهاقين من ارض الجزية فقال ع انه اذا كان ذلك
انتزعت منك او تؤدي عنها ما عليها من الخراج قال عمار ثم اقبل
علي فقال ع اشترها فان لك من الحق ما هو اكثر من ذلك وخبر
ابراهيم عن ابي عبد الله ع عن الشراء من ارض الجزية فقال ع اشترها فان
لك من الحق ما هو اكثر من ذلك وخبر زرارة عنه ع انه قال اذا كان
ذلك كنتم الى ان تزدادوا اقرب منكم الى ان تنقصوا وخبر
حريز عنه ع انه قال رفع الى امير المؤمنين ع رجل مسلم اشترى ارضا من
اراضي الخراج فقال امير المؤمنين له ما لنا وعليه ما علينا وخبر محمد

ولو في الجملة ح

ع الى جواب الشرط

تشتريها فيكون اذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدي عنها كما تؤدي عنها وخبر ابي
بردة انه قال له ع كيف ترى في شراء ارض الخراج فقال ع ومن يبيع
ذلك وهي ارض المسلمين فقلت له ع يبيعها الذي هي في يده فقال ع
ويصنع بخراج المسلمين ماذا ثم قال ع لا بأس بان يشتري حقه منها ويحول
حق المسلمين عليه ولعله يكون اقوى عليها واملى بخراجهم منه الى غير ذلك
من النصوص التي تقدم بعضها مما ورد في ارض الخراج و ورد في الانفال
كخبر حفص عن ابي عبد الله ع انه قال الانفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا
ركاب او قوم صالحوا او قوم اعطوا بايديهم وكل ارض خربة
وبطون الاودية فهو لرسول الله ص وهو للامام ع من بعده يضعه حيث
يشاء ونحوه خبر محمد عنه ع وخبره الآخر عنه ع الى غير ذلك من النصوص الكثيرة الدالة
على ان الموات حين الفتح للامام ع ولولا اطلاق الموات فيه المنزل على
ذلك قطعا واجماعا فلاحظ وتأمل والله العالم تنبيهات الاول الظاهر
انه لا فرق في المنع من بيعها بين كون البائع هو آحاد المسلمين الذين
لهم آثار التصرف فيها وبين كونه ولي المسلمين القائم بمصالحهم ولا بين
كون المشتري بعض المسلمين او غيرهم عملا بعموم دليل المنع من النصوص والاجماعات
وقد سبق في البيع تفصيل البحث في ذلك فلاحظ وتأمل والله العالم الثاني
قد اشتهر في زماننا ونحوه بيع اراضي الخراج على نحو مخصوص متعارف عندهم
والظاهر انه لا يفيد انتقال نفس الرقبة الى المشتري عملا بعموم ادلة المنع
وشمولها لذلك وغيره وانما يفيد حق اختصاصه بها بما بذل من ماله فاذا
انتزعها الامام ع منه بعد ظهوره ع رد اليه ما دفعه من المال اليهم والا بقيت

علينا مسلما كان او كافرا له ما لاهل الله ثم وعليه ما عليهم وخبر محمد
عن ابي جعفر ع عن شراء ارض اهل الذمة فقال ع لا بأس بها
فيكون اذا كان ذلك بمنزلتهم يؤدي عنها ما يؤدون
قال وسأله رجل من اهل النيل واهل الارض يقولون انها
ارضهم واهل الاستان يقولون من ارضنا فقال ع لا
تشترها الا برضا اهلها وخبر شعيب قال قلت لابي عبد الله ع
ان لي ارض خراج وقد ضقت بها ذرعا قال فسكت عني هنيئة
ثم قال ع ان قائمنا لو قد قام ع كان نصيبك من الارض اكثر منها
وقال لو قد قام قائمنا كان الاستان امثل من قطائعهم
وخبر الحلبي عنه ع عن السواد ما منزلته فقال ع هو لجميع المسلمين لمن هو
اليوم ولمن يدخل في الاسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد فقلنا
الشراء من الدهاقين فقال ع لا يصلح الا ان يشترى منهم على ان يجعلها
للمسلمين فان شاء ولي الامر ع ان يأخذها اخذها قلنا فان اخذها
منه قال ع يرد اليه رأس ماله وله ما اكل من غلتها بما عمل وخبر
ابي الربيع الشامي عنه ع انه قال لا تشتروا من ارض السواد شيئا
الا من كانت له ذمة فانما هو فيء للمسلمين وخبر محمد بن شريح
عن شراء الارض من ارض الخراج فكرهه ع وقال انما ارض الخراج
للمسلمين فقالوا له ع فانه يشتريها الرجل وعليه خراجها فقال ع
لا بأس الا ان يستحيي من عيب ذلك وخبر محمد وعمر بن حنظلة عنه ع
عن ذلك ايضا فقال ع لا بأس بشرائها اذا كانت بمنزلتها في ايديهم تؤدى
كما يؤدى عنها وخبر محمد عنه ع عن شراء ارضهم فقال ع لا بأس بان
تشتريها

فريده وعليه يحمل خبر الحلبي السابق ونحوه فلاحظ وتامل والله العالم ولعل المراد
شمل هذا الحق تتعلق به الديون والوصايا والمواريث كسائر الاموال
لشمول ادلة الجميع لذلك وانكاره قد يشبه المكابرة على الوجدان
فتامل جيدا والله اعلم الثالث انه لاريب في عدم خروجها عن ملك المسلمين
بعروض الموت لها كما لاريب في عدم تملك المحيي لها لرقبتها على نحو تملكه
للانفال باحيائها وانما الريب في توقف جواز احيائها والتصرف
فيها على اذن الامام ع بعد ظهوره ع او على اذن نائبه ع حال
غيبته ع او اذن سلطان الجور او يفرق بين التصرفات في توقف
بعضها على الاذن دون بعض او في ذلك احتمالات كثيرة ولعل الاحوط
ان لم يكن اقوى عدم الجواز مطلقا بدون الاذن من ولي المسلمين بعد
تعذر الاذن منهم اجمع لاصالة حرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه
او اذن وليه ودعوى صدور الاذن منه ع على وجه العموم لشمول قولهم
من احيا ارضا ميتة فهو احق بها او فهي له ونحوه لمثل هذه الارض الميتة
المملوكة للمسلمين كما هو المفروض بل قد يقال بان بعض النصوص ان لم
مورده هذه الارض دون الانفال التي هي للامام ع يدفعها ان المانع يشمله
لذلك كانه مستظهر بقرينة عدم ظهوره في خصوص الانفال لانها يصح
تملكها بالاحياء المأذون به منهم ع دون موات الارض الخراجية
ونحوها فان احياءها المأذون به انما يفيد حق الاختصاص بها وحمل
النصوص على القدر المشترك بينهما بعيد جدا بل قد يقطع بعدمه نعم لا باس
بحمل بعضها على الانفال وحمل بعضها على موات الارض الخراجية بشهادة
السياق والقرائن وح فتكون الاذن منهم ع حاصلة فيهما معا ولكنها

٢ بالعموم او بالخصوص منه

٥ او عدم توقف على شيء من ذلك على نحو المباحات الاصلية منه

مفيدة

مفيدة لتملك المحيي في الانفال وبجواز التصرف في موات الارض الخراجية
والعمل بالاولى دون الثانية لا يخلو من تحكم ودعوى الاجماع على اعتبار الاذن
الخاصة فيها معا ممنوعة على مدعيها وان كان الاحتياط بمراعاتها فيه وتامله
فتامل جيدا والله اعلم الرابع لو لم يعلم الموات حين الفتح ولا المعمورة حينه
ايضا فقد المالك انه يعلم ذلك بتحليل من يوثق به وبدلالة القرائن
الكثيرة المفيدة للعلم او الظن المتاخم له بذلك [illegible] ويعلم كونها مواتا
بالنقل والقرائن وبوجودها ميتة مع الشك في كونها عامرة وقت الفتح
لاصالة عدم العمارة اصلا بخلاف ما علم كونه معمورا قبل وقت الفتح ثم
اخرب وشك وقت خرابه فانه يحكم بعمارته وقته استصحابا للحكم
الموجود وعدم تقدم الحادث واصالة تاخره عن زمان الفتح عنوة
ولكن قد يورد عليه اولا بعدم الدليل مع عدم العلم بالحال على حجية
غير البينة الشرعية من خبر العدل بذلك فضلا عن غيره من الظنون
التي لا عبرة بها في تشخيص الموضوعات وان قلنا باعتبارها في الاحكام
ودعوى تعذر حصول العلم هاهنا فينفتح اعتبار الظن فيها مطلقا اذا
كان مناطها العلم فقط عملا بما دل على قيامه مقام العلم في كل موضع تعذر
العلم به من عقل او كتاب او نقل او اجماع كما قيل يدفعها عدم تمامية شيء
من ذلك كما هو محرر في محله وثانيا ان هذه الاصول لا تشخص مثل هذه
الموضوعات كما في غيرها من الاصول المثبتة وانكار كونها منها في غير محله
هذا وقد يعد من القرائن المعتبرة ضرب الخراج والمقاسمة الدال على العمارة
حينه حملا لفعل المسلم على الصحة وعدمه الدال على مواتها حينه وح يحكم
لمن بيده شيء منها بالملك لو ادعاه كما قيل وهو جيد فيما لو كان المسلم يرب

في طرف العمدة في الارض المشتبه

هذا التقسيم وعمل بمقتضاه لا يمضي لو سير ذلك كما هو المعروف في سلاطين
الاسلام كما سبق تفصيل ذلك في المكاسب وقد يقال بان الاصل كون
الارض مواتا فيكون المشكوك فيه من الانفال التي هي للامام ع
من غير فرق بين ما لا يوجد فيه اثر عمارة وبين ما يوجد فيه ولكن لم يعلم
كونها موجودة حين الفتح او متجددة بعده فضلا عن بعد ملاحظة ٢ وقت فتح
ما دل على ان الارض كلها لهم ع وخصوصا بعد ظهور النصوص في كون
الاحياء سببا للملك خرج منه ما علم كونه مملوكا للغير بغير الاحياء
فيبقى ما عداه على مقتضى السببية المزبورة كما قيل وقد يدفع بان هذا
الاصل غير مثبت لصفة الموت حين الفتح كما هو محل البحث ولو اريد
منه معنى الغالب والراجح توجه اليه المنع بل الغالب انما هو العمارة
فينبغي ان يلحق المشكوك فيه بالمعمورة بناء على اعتبار مثل هذه الغلبة
كما قيل وان النصوص غير معمول بظاهرها وانما يخرج منها هو عامر الارض
المفتوحة عنوة باذن الامام ع واقعا والباقي فيها هو الموات حين
الفتح ولم يعلم كون الشخص الذي داخلا في المخصص ولا لان الفتوى غير الثبات المحض
ولا يتمسك فيه بالعموم ولا تشخصه الاصول فح فيتوقف في حكمه الى
ان يتضح حاله كما في نظائره وكذا البحث في نصوص الاحياء فح فلا يستفاد
منها السببية المطلقة كما هو واضح فتدبر جيدا والله اعلم الخامس قد ه حيا او خراب
يستدل على الكلية الاخيرة مع الاجماع عليه كما في بعض العبارات بعموم
خبر الكابلي السابق ونحوه مما دل على ان الارض كلها لهم ع وبعموم ما
دل على ان كل ارض خربة او لا رب لها لهم ع وانها من الانفال له ع
ونحو ذلك كما قيل ولكن في الجميع نظر [illegible] وبعضها كما في غيره
انه

٢ او منع حجية اجماع التذكرة ونحوه فان مقصوده اخص من الكلية كما لا يخفى على من لاحظ بادنى ملاحظة فلاحظ وتامل ولا تغفل [illegible]

انه لا فرق في هذه الارض بين الموات والقابلة للانتفاع بها بغير
احياء وان كان مثل هذه الارض لا يعد مواتا اصطلاحا كما يظهر
مما سبق في تعريفه هذا وقد تنقض الكلية المزبورة بما اذا ملك
الذمي ارضا معمورة في بلاد الاسلام فماتت فانها ليست للامام ع
كما هو محرر في محله ولا يندفع كما هو واضح لعدم الفرق بين البلاد
بتقييدها بما اذا كانت في بلاد الاسلام كما في التحرير وغيره معللا له
بان ارض بلاد الكفر اذا جرى عليها ملك الكافر فهي له وان كان بالاحياء
ولا يكون للامام ع بل يغنمها باعتبار جريان احكام المسلمين عليها
من كونها مفتوحة عنوة او صلحا او اسلم اهلها طوعا هذا مع ان التقييد
المزبور قد يدفع بان اطلاق الادلة وعمومها يقتضي ان الموات
جميعه للامام ع من غير فرق بين بلاد الاسلام وغيره ولكن الذي
وجدناه في التحرير انه قسم علماؤنا الارضين على اربعة اقسام الاول
ارض من اسلم عليها اهلها طوعا من غير قتال كارض المدينة وهذه
عامرها لاربابها ٢ وموتاتها للامام خاصة لا يملكه احد بالاحياء ما لم ياذن ٢ ملك لهم
له الامام ع ومع الاذن يملكه المحيي الثاني الارض المفتوحة عنوة والموات
منها حين وقت الفتح للامام ع خاصة الثالث ارض الصلح وارض
الجزية التي صالح اهلها عليها الى ان قال وهؤلاء يملكون ارضهم ويصح
لهم التصرف فيها بالبيع وغيره الرابع كل ارض انجلى اهلها عنها او كانت
مواتا فاحييت فانها للامام ع خاصة وله التصرف فيها بالبيع وغيره
ويتضح ان البلاد ضربان بلاد الاسلام وبلاد الشرك فبلاد الاسلام
اما عامرة وهي لاربابها خاصة واما موات فان لم يجر عليها ملك مسلم

فهي للامام ع خاصة وان جرى عليها ملك مسلم ثم عطلت فان كان مالكها
معينا فهي لوارثه وان لم يكن مالكها معينا فهي للامام ع خاصة لا يملكها
المحيي لها من دون اذنه ع وبلاد الشرك غنائم لهم ومواتها للامام ع
ان لم يجر عليها ملك احدهم وان جرى عليها ملك احدهم فان تعين
فهي له وان لم يكن معلوما فهي للامام ع فلا فرق بين القسمين الا في
شيء واحد وهو ان بلاد الشرك تملك بالقهر وبلاد الاسلام لا تملك
بذلك انتهى ملخصا وهو كما ترى صريح في عدم الفرق بين قسمي الموات
في كونها للامام ع فنسبة الفرق بينهما اليه في غير محله ولعل غيره
كذلك ايضا فلاحظ وتامل ولا تغفل والله اعلم هذا واما القول على
بالارض المزبورة فقد يدفع بانها ما جرى عليها ملك مسلم كما
لا يخفى على من لاحظ النص والفتوى في كتاب الخمس ولو كان ملك
الذمي لها عن غير مسلم باحياء او غيره كان انتقالها اليه من غير فرق
بين كونها في بلاد الكفر او بلاد الاسلام ومن غير فرق بين كون مالكها
ذميا او غير ذمي فانها ملك لاربابها وان كانت فتحت عنوة تكون
للمسلمين عندهم وان كانت مواتا حين الفتح فهي للامام ع وبالجملة
فهذه الكلية غير ثابتة والاجماع عليها ممنوع كما لا يخفى على المتتبع
لعباراتهم ولو اريد بها خصوص الموات كانت تكرارا محضا كما لا يخفى
على من لاحظ المتن وغيره قال ره وكل ارض جرى عليها
ملك لمسلم فهي له او لورثته بعده اقول لا خلاف
في ذلك ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه عملا بعموم ادلة الارث
كتابا وسنة واجماعا من غير فرق بين كون سبب الملك شراء ونحوه او احياء

بناء

في حصول الملك بالاحياء للثاني او بقائه في ملك الاول

بناء على ان الاحياء من اسباب الملك مطلقا على نحو الملك بغيره كما عن
الشيخ وجماعة من غير معرفة خلاف فيه قبل التذكرة لعموم قوله ع
من احيى ارضا ميتة فهي له وقوله ع ليس لعرق ظالم حق المفسر بان يأتي الرجل
الارض الميتة لغيره فيغرس فيها وخبر سليمان عن الصادق ع وغيره
مع اصالة بقاء الملك على ما كان عليه ولانها ارض يعرف مالكها
فلا تملك بالاحياء كالمملوكة بالشراء ونحوه الى غير ذلك مما لا يخلو
من نظر او منع ولذا حكي عن جماعة انه لصاحبها ما دام احياؤها فلو
ماتت خرجت عن ملكه وكانت للامام ع ولمن احياها ثانيا باذنه
واليه مال ثاني الشهيدين وكثير منهم بل قيل بانه مشهور بين الاصحاب
عملا بعموم قوله ع من احيى ارضا ميتة فهي له فانه شامل للثاني كشموله
للاول بل دلالته على الثاني اقوى لان سبب ملك الاول بمقتضى الخبر
واذا طرأ سبب تملك على سابق كان التأثير للثاني
فالنصوص الكثيرة الدالة عليه ايضا ولكن في التذكرة وغيرها ان
الاول معارض بما روي عنه ع ايضا انه قال من احيا ارضا ميتة في غير
حق مسلم فهو احق بها وعنه ع ايضا انه قال من احيا ارضا ميتة ليست
لاحد فهي له ولا يخلو من نظر او منع فتدبر والاولى بالمنع دعوى عدم
شمول الاول للاحياء الثاني ان لم يكن ظاهرا في الاحياء الاول فقط
هذا وقد يستدل عليه ايضا بان هذه اصلها مباح فاذا تركها حتى
عادت الى ما كانت عليه صارت مباحة كما لو اخذ ماء من دجلة ثم

رده اليها وبانه العلة في تملك هذه الارض انما هي الاحياء والعمارة
فاذا زالت العلة زال المعلول وهو الملك فاذا احياها الثاني فقد اوجد
سبب الملك فيثبت الملك له كما لو التقط شيئا ثم سقط من يده
وضاع عنه فالتقطه غيره وضعفهما معا ظاهر بل لا يطابقان
اصول العامة فضلا عن اصول الخاصة لمنع كون هذه الارض من المباحات
على نحو المياه والحشيش وغيرهما ولان رده الى دجلة انما هي من باب
اتلاف ماله لا من باب بقائه وخروجه عن ملكه كالارض المزبورة كما
هو واضح كوضوح ان الالتقاط سبب للملك مطلقا كالشراء ونحوه فاذا
ضاع منه فهو باق على ملكه والالتقاط الثاني سبب يملك الملتقط
مطلقا على الملك الاول ومزيل له كالبيع ونحوه وليس الضياع مخرجا
عن الملك ويكون الالتقاط الثاني كحيازة المباحات وكون الاحياء
الثاني سببا كذلك عين النزاع واما النصوص الواردة في المقام
كخبر الكابلي الاتي وخبر معاوية الاتي بعدهما فمن دلالتها على المطلوب
تامل ايضا خصوصا خبري الكابلي وابن وهب كما قيل فلاحظ فتامل والله اعلم
تنبيهات الاول لو قلنا بتملك الثاني ففي انتقال الملك اليه
من الاول او انه ملك ابتدائي وجهان او قولان ووجههما ظاهر
لمن تدبر فيما مر فلاحظ وتدبر والله اعلم الثاني لو باع المحيي الاول
معمورة ثم خربت عند المشتري ففي دخولها محل البحث او دخولها في معاقد
الاجماعات على انه ان ملك المسلم بالشراء او شبهه لم يملكها الثاني
بالاحياء اجماعا كما في المسالك وغيرها بل فيها ايضا نقل الفاضل في التذكرة
اجماع جميع اهل العلم وكان مراده نقله عن غيره لانه ادعاه بنفسه

والا

والا فقد عرفت معلوم وجهان ايضا وربما استظهر بعضهم الاول لشمول ادلة
القولين لذلك وفيه ان اطلاق معاقد الاجماعات منزل على شراء
الموات خلافا من الامام ع الا انه بعيد جدا فتدبر جيدا والله اعلم الثالث
قد ذكر ثاني الشهيدين وغيره ان القائلين بعدم خروجها عن ملك
الاول اختلفوا فمنهم من حكي عن جماعة من ذهب الى عدم جواز احيائها
ولا التصرف فيها مطلقا الا باذن الاول كغيرها من الاملاك لشمول
ادلة المنع من ذلك لها ولغيرها وعن الشيخ في المبسوط والمهذب
في كتاب الجهاد وغيرهما انه يجوز للثاني احياؤها ويكون احق بها
ولكن لا يملكها بذلك بل يؤدي طسقها الى الاول او وارثه بل في
المسالك نسبته الى الاكثر ولم يفرقوا في ذلك بين المنتقلة
بالاحياء وغيره من الاسباب المملكة حيث يعرض لها الخراب وتصير
مواتا وعن الشهيد في الدروس انه يجب استيذان المحيي للمالك
اولا فان امتنع فرفع الى الحاكم وله الاذن فيه فان تعذر ذلك
جاز له الاحياء وعلى المحيي طسقها للمالك وقد يستدل على ذلك بالجمع
بين الادلة الشرعية على حسب اختلاف فهمهم منها في كيفية الجمع
بينها الا انه لا شاهد على شيء منها على وجه تقول عليه شرعا كما لا يخفى
على المتامل في النصوص الاتية كخبري سليمان والكابلي وخبر ابن
وهب وابن عمار وغير ذلك ولذا مال بعض من تاخر الى التمسك
بقواعد الملك وقبح التصرف في مال الغير فضلا عن ان يترتب له
احقيته بها بذلك التصرف المحرم عليه على وجه لا يجوز للمالك

انتزاعها منه كما هو ظاهر القائلين بذلك او صريحهم الا انه قد يقال
بان هذا الاختلاف مرشد الى ان الملك بالاحياء ليس نحو ملك الاملاك
فيشكل استحقاق بيعها لعدم صحة جريانه عند الشك في كيفية اقتضاء
المقتضي للملك وانه هل يقتضيه مطلقا ودائما الى ان يحصل له مزيل
شرعا كما هو كذلك في البيع والالتقاط والحيازة ونحوها او انه
يقتضيه محددا او مقيدا ببعض القيود كما هو كذلك في الاحياء ونحوه
على احد القولين بل قد يشكل صحة بيعها حتى قبل موتها لعدم احراز
الشرط الذي هو طلقية ملك المبيع كما سبق في محله بل قد يقال بان
ذلك مرشد ايضا الى ان الاحياء لا يفيد الملك اصلا وانما يفيد
حق الاختصاص فقط وعليه تحمل النصوص النبوية والامامية و
ذلك اولى من حملها على الملك المحدد الذي لم يعهد ثبوته شرعا واما
حملها على الملك المطلق الذي تجري عليه جميع احكامه فهو اولى منهما
بحسب القواعد اللفظية ولكن لم يلتزم به المشهور وهو مستلزم لطرح
سائر النصوص المعتبرة التي لا تجتمع الا على ارادة الاختصاص من
قولهم ع احق بها ونحوه فكذلك لكنهم الا ان يتم اجماع على خلاف
ذلك فيتبع ح ولكن انى بذلك فتدبر جيدا والله اعلم الرابع
الظاهر عدم الفرق بين المسلم والذمي والمعاهد بل والحربي في تملك
الارض المزبورة لشمول ادلة الملك لها للجميع لغة وعرفا وشرعا
ولعل ذكر المسلم في نحو المتن لان الدار للمسلمين لا لاخراج غيرهم
عن هذا الحكم كما قد يتوهم منه في المسالك انه اذا جرى على الارض ملك

مسلم

مسلم معروف ثم خربت فما دامت عامرة فهي له او لورثته بعده وان
ترك الانتفاع بها اصلا اجماعا وان خربت فان كان انتقالها
اليه بالقهر كالمفتوحة عنوة بالنسبة الى المسلمين او بالشراء او العطية
ونحوها لم يزل ملكه عنها ايضا اجماعا ومن ذلك يعلم ان الكلية التي
في نحو المتن انما يراد بها كل ارض لم يجر عليها ملك مسلم والا كان فيما عبر
به ابن ادريس والفاضل وغيرهما فان قولهم لم يجر عليها ملك احد مساو
لذلك كما هو واضح فتدبر جيدا والله اعلم قال ره وان لم يكن لها
مالك معين فهي للامام ع ولا يجوز احياؤها
الا باذنه ع فلو بادر مبادر فاحياها من دون
اذنه ع لم يملك فان كان الامام ع غائبا كان
المحيي احق بها ما دام قائما بعمارتها فلو تركها
فبادت آثارها واحياها غيره ملكها ومع
ظهور الامام ع يكون له ع رفع يده عنها اقول
اما الاول فلا خلاف فيه ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه والنصوص
المستفيضة او المتواترة ناطقة به كنصوص الخربة والتي لا رب لها
ولا وارث لها ونحو ذلك مما سبق في الانفال وغيرها ولا فرق في ذلك
بين كونها في بلاد الاسلام او بلاد الشرك لشمول النصوص لهما معا بل وكذا
لا فرق بين كونها حية او ميتة لاطلاق المزبورات مثل لهما معا ايضا

والتقييد بالمسلم في نحو المتن لبيان الفرد الخفي والا فالكافر

ودعوى الاجماع على خلاف ذلك عهدتها على مدعيها ولكن في المسالك
وغيرها بعد تعميم الحكم الى ان بني لها من ان هذا الحكم مقيد بما اذا كانت
ميتة اذ لو كانت حية فهي مال مجهول المالك فحكمه خارج عن ملكيته
للامام ع الا بالخصوص ولو كانت ميتة والحال انها كانت في الاصل
مملوكة فهي مجهول المالك فهي للامام ع وقد يستدل عليها بانهما من مجهول
المالك فلا جهة للفرق بينهما اللهم الا ان يلتزم بكون الموت مزيلا
لملك المحيي لها او يلتزم بكون ملكها مقيدا بحياتها فينتهي بانتهائها او
يلتزم بان المحيي لها احق بها ما دامت حية فاذا ماتت فلا احق لها
اصلا ولعل هذا هو الوجه الذي تجتمع عليه النصوص بوجه قريب واستعمال
اللام فيها في الاختصاص اولى من ارادة التمليك منه لان الملك
الحقيقي التام المعهود لم يلتزم به الان ورعية معروفة اما غيره
ففي رجحانه على الاختصاص تامل بل منع او يلتزم بكونه مجهول المالك
من الاراضي مطلق للامام ع كما هو ظاهر المتن ونحوه لتعميم النصوص
الانفال لها كما لا يخفى على من لاحظها فانها شاملة للارض التي
انجلى عنها اهلها او باد عنها اهلها وهلكوا مؤيدا ذلك بالاجماعات
المنقولة عن ظاهر كثير من عبارات القدماء وغيرهم وانكار البعض
لها محل الانكار فتامل جيدا والله اعلم هذا مع ان مجهول المالك لا عموم في دليله
بحيث يشمل الاراضي المزبورة وانما هو في موارد خاصة يلحق بها ما
كان مثلها ولو سلم فالتعارض بينه وبين دليل الاراضي بالعموم من وجه

والرجوع

والرجوع الى المتن فيها من وجوه بل العمل بنصوص الجلاء اهلها عنها ونحوها
كالقرينة في ذلك ولا شهرة ولا اجماع على خلافه فتامل جيدا والله اعلم
واما الثاني فالظاهر ان المراد به زرعها وغرسها ونحو ذلك
فلا دلالة فيه على اعتبار الموت في الارض المزبورة وان زعمه بعض
من تاخر فتدبر مع ان الظاهر ان الاحياء مثال للممنوع من سائر التصرفات
وما للغير لا لخصوصية اذ لا دليل على الخصوص هنا ولا فرق في الاذن
بين العامة والخاصة ولا بين كونها من صاحب الامر ع او من بعض
آبائه الطاهرين ع لان كلامهم ع واحد وحكمهم ع واحد واحتمال الفرق
بينهما ضعيف جدا فتامل جيدا والله اعلم واما الثالث فلا ريب فيه مع
انتفاء الاذن العامة والخاصة عملا بالاصول وظهور الاجماع
منهم عليه كما لا يخفى على المتتبع لعباراتهم ولكن على المختار من
استفادة الاذن بالاحياء من العمومات الا انه لم يبق مورد
لهذا الحكم اصلا الا انه في دلالتها على كون الاحياء مملكا للمحيي
او مفيدا لحق اختصاصه بالارض المزبورة وجهان لعل اقربهما
الثاني كما يظهر مما سبق واما على تقدير عدم استفادة الاذن منها
فلا موجب لاختصاصه بها بعد عصيانه بالاحياء اللهم الا ان يقال بان
العصيان غير مناف لترتب بعض الاحكام على فعله على نحو ترتب النسب
على الوطء في الحيض وفيه انه لا مانع من ترتب الملك عليه عملا بظاهر
النصوص مع انه لو منع من اشتراط الاذن في زمان الغيبة امكن التزام

حصول الملك له بالاحياء او حصول الاختصاص به له بذلك على نحو
ما مر فتدبر وبالجملة فالتفصيل المزبور في المتن وكثير من العبارات
نقلا عن المبسوط مما لا نعرف له مستندا معتدا به كما اعترف به
ثاني الشهيدين وغيره قائلا بان المتجه هو العمل بمقتضى الاصحاب
فيما لا اجماع على خلافه مع ان في دلالته على الملك او الاختصاص
تاملا ايضا فتامل جيدا والله اعلم بتعبير الظاهر ان مراد المصنف
بملكية المحيي المأذون زمن الغيبة انما هو ملكية التصرف والاختصاص
كالمحيي الاول وعن الفاضل وغيره التصريح به ايضا اذ لا فرق بينهما
اصلا بعد كون التصرف في اشتراكهما في عدم الاذن بالاحياء والتزام
حصوله للثاني دون الاول تحكم بحت كالتزام الملكية الحقيقية
للثاني بعد الاذن له دون الاول والاذن العامة شاملة
لهما مع ان الاظهر انها لا تفيد سوى الاختصاص لهما معا ولو
قلنا بافادة الاذن للملك فلهما معا ايضا وفي المسالك ان
المحيي في زمن الغيبة لم يملكها ملكا تاما لان للامام عليه السلام بعد ظهوره
ان يرفع يده عنها ولو ملكها ملكا تاما لم يكن له عليه السلام ان يرفع يده
عنها ولكنه في حال الغيبة يكون احق بها من غيره ما دام قائما بعمارتها
فان تركها فماتت فاحياها غيره ملكها ملكا غير تام فاذا ظهر عليه السلام
كان له ان يرفع يده عنها سواء وجدها في يد الاول او الثاني
ومستند ذلك هذه الاخبار التي بعضها مع انها قاصرة عن افادة ما

آخر

آخر مافيها مما لا يخلو من نظر او منع وقد يورد عليها بان مقتضى ذلك
عدم جواز التصرف فيها ببيع ونحوه مما يمكن القطع بخلافه ولو من
السيرة القطعية فضلا عن النصوص والفتاوى وفيه ان اريد نحو ذلك
من عدم تمامية الملك كان واضح الفساد وان اريد ما لا ينافي في
انتزاع الامام عليه السلام لها بعد ظهوره عليه السلام خاصة والا فقبله يتصرف فيها
تصرف الملاك فهو نزاع قليل الجدوى اذ هو عليه السلام مع ظهوره عليه السلام اعلم بما
يفعل كما هو واضح وفيه انا لم نتحقق سيرة معتبرة في محل البحث بل
المتحقق فيه خلافه وكذا النصوص والفتاوى اذ الاراضي علمنا
بانها من الانفال وعلمنا بانه لم يأذن الامام عليه السلام باحيائها ومع ذلك
قد بادر الناس الى احيائها وباعوها مثلا بيعا صحيحا بل لعل ذلك من الرجم
بالغيب وما يتداوله الناس قد يكون من الى ذوي فيه شرعا ولو بحمل
افعالهم على الصحة كما في سائر افعالهم المحتملة له مع ان الفاضلين وغيرهما
ممن التزم بانه احق بها وانه لا يملكها مما يلزم نحو ذلك كما اشكله
عليهم ثاني الشهيدين وغيره ودعوى مخالفتهم للاجماع او للسيرة
القطعية عهدتها على مدعيها فلاحظ وتامل فان كلامهم لا يخلو من
تشويش واضطراب والله الهادي الى الصواب قال رحمه الله وما
هو بقرب العامر من الموات يصح احياؤه
اذا لم يكن مرفقا للعامر ولا حريما
اقول لا اعرف في ذلك خلافا بيننا كما اعترف به كثير منهم للعمومات

الى بقة ولى لفة من جعل الله له الرشد فى خلافه حيث منع من احيا
القريب من العامر لامكان تعلق مصلحة العامر به وضعفه ظاهر
ولما روى عنه ص من انه قد اقطع بعض الصحابة العقيق
الذى هو قريب من عمارة المدينة كما قيل واما الشرط المزبور
فلا خلاف فيه ولا اشكال لان ذلك من توابع العامر وفى
جملة ما يتوقف الانتفاع به عليه غالبا كما مر واضح كوضوح عدم
الثمرة فى بيان مقدار القرب والبعد عندنا والله اعلم قال

و يشترط فى التملك بالاحياء شروط خمسة

الاول ان لا يكون عليه يد لمسلم فان ذلك
يمنع من مباشرة الاحياء لغير المتصرف اقول لا خلاف
فى ذلك ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه مع عدم العلم بنفاد يده
او بعدم احترامها شرعا من غير فرق بين كونها يد ملك او يد اختصاص
بعد عموم النهى عن التصرف فى مال الغير او فى حقه ولقوله ص من
سبق الى ما لم يسبق اليه احد فهو احق به وقوله ص من حاز شيئا فهو
له ولقبح الظلم والعدوان ونحو ذلك مما يمنع من تصرف الغير بغير
اذنه بعد احترام يده شرعا ولو حملا للفعل على الصحة وكذا لو كان يده
محترمة شرعا كيد الذمى والمعاهد والمسالم ونحو ذلك نعم لو علم
بان اثبات اليد عليها بغير سبب مملك شرعا او موجب للاحقية فلا
عبرة بها كما لا عبرة باليد التى لا احترام لها شرعا كيد الحربى ونحوه ممن يجوز
ان ينتزع منه سائر امواله وحقوقه كما يسوغ تملك نفسه الخ فتامل

جيدا والله اعلم

فى شروط ... التملك او الاختصاص

واعلم ان عبارات العلماء فى تعداد الشرائط مختلفة فالاكثر قالوا الشرط فى التملك بالاحياء شروط وقال فى مفتاح الكرامة ان شروط الاختصاص ستة فلاحظ

جيدا والله اعلم تنبيه المراد بالمسلم غير الامام ع اذ لو اريد به ما يشمله
لم يصح احياء ارض موات اصلا لثبوت يده ع عليها فان جميع الموات
حين الفتح او قبله والشرك ونحوها من الانفال التى هى ملكه ع كما هو
واضح والله اعلم ولو اذن صاحب اليد المالك للارض ولو بمقتضى ظاهر
يده باحياء ما فى يده من الاراضى جاز احياؤها نصا وفتوى واجماعا
وفى حصول الملك المرقبة به للمحيى لها تامل والاقوى عدمه وكذا فى لزوم
الاجرة عليه الا ان يشترطها عليه او يعلم من حاله عدم ارادة اباحة
التصرف بها مجانا بل جهل حاله فكذلك ايضا لاصالة احترام مال
المسلم ونحوه الا ان يعلم اباحته مجانا وبذلك يخرج عن اصالة برائة
ذمة المحيى منها كما فى نظائره وعليه فقد يحمل قوله ع فليؤد الاجرة
ولو من جهة حصول الرضا بالاحياء وان بعد الحال هذا وفى جواز ترجيح
بهذه الاذن وجوه ثالثها الفرق بين عدم تصرف المالك فيه بالاحياء
به فيجوز للامل وبين تصرفه به فلا يجوز لنفى الضرر فلاحظ وتدبر
والله اعلم وفى جواهر الشهيد ان المراد باليد اليد المصاحبة للاحياء
او التحجير ولو بالبلوغ ممن فعل ذلك او ارض اسلم اهلها عليها طوعا
لا مطلق اليد وقد يورد عليه بعدم المصاحبة احترام اليد بذلك
اذ لعله للمحجر ونحوه او للمشترى من الامام ع ونحوه هذا وقد يقال ان
هذا الشرط تنقيح لما يتحقق من عدم زوال الملك بالموت مطلقا فى زمن ظهور
الامام سواء كان الملك بالشراء او الاحياء وقد يدفع بانه يكون الارض المزبورة

ملكا للاول وان اندرست آثاره فلم تبق له يد عليها وأمّا على القول
بزوال الملك به فتكون بيده معلومة الفساد كما قيل وفيه ان المراد
باليد في هذا الشرط انما هو اليد المفيدة للملك ولو حملنا على القسم
ومع فلا يجوز للغير احياء تلك الارض على وجه يفيده ملكا لما عرفت من الفرق
بين اذنه بالاحياء وعدمه للاصل ولان اسباب الملك محصورة
وليس هذا منها ولا يلزم من كونه اذن الامام ع بالاحياء لاخذه مفيداً
للملك على القول به كون اذن غيره ع بحكم ذلك كما هو واضح كوضوح
جريان نحو ذلك في اليد المفيدة للاحقية دون الملكية الا انه
خارج عن هذا الشرط بل هو مندرج في الشرط الآتي فلاحظ وتأمل والله العالم

في حريم العامر شرعا

قال ره الثاني ان لا يكون حريما لعامر كالطريق
والشرب وحريم البئر والعين والحائط اقول
لا خلاف في ذلك ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه مع نفي الضرر والضرار
والحرج ومع توقف الانتفاع بالعامر على ذلك عادة ومع ما عن
التذكرة من انا لا نعرف خلافا بين علماء الامصار في ان كل ما يتعلق
بمصالح العامر كالطريق والشرب ومسيل ماء العامر ومطرح قمامته
وملقى ترابه وآلاته او لمصالح القرية كقناتها ومرعى ماشيتها
ومحتطبها ومسيل مياهها لا يصح لاحد احياؤه ولا تملك بالاحياء
وكذا حريم الآبار والانهار والحائط وكل مملوك لا يجوز احياء
ما يتعلق بمصالحه لانه ملك من حقوق الملاك ولانه لو جاز احياؤه
لادّى

لادّى ذلك الى بطلان الانتفاع بالمملوك فيبطله ملكه كما قيل ومع قوله ع
من احيى ميتة في غير حق مسلم فهي له فان مفهومه انه لو كان الاحياء في حق مسلم
ونحوه فليس له ذلك بل وضح ما في خبر البزنطي عن الرضا ع عن الرجل تكون له
الضيعة ويكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلا او اقل او اكثر
يأتيه الرجل فيقول له اعطني من مراعي ضيعتك واعطيك كذا وكذا
درهما فقال ع اذا كانت الضيعة له فلا بأس ومثله مرسل ادريس كما قيل الا
انهما معا ظاهران في كون الحدود كلها من نفس العامر لا انها من حريم العامر
خصوصا مع كون البيع لنفس المرعى الارض ولا لها من بل لعل ذلك هو
الظاهر منهما على نحو جملة من النصوص كخبر ادريس عن ابي الحسن ع
قال قلت له ع ان لنا ضياعا ولها حدود وفيها مراعي وللرجل
منا غنم وابل ويحتاج الى تلك المراعي لابله وغنمه أيحل له ان يحمي المراعي
لحاجته اليها فقال ع اذا كانت الارض ارضه فله ان يحمي ويصير ذلك
الى ما يحتاج اليه قال فقلت له ع الرجل يبيع المراعي فقال ع اذا كانت
الارض ارضه فلا بأس وخبر موسى عن ابي الحسن ع عن بيع الكلأ والمرعى
فقال لا بأس به قد حمى رسول الله ص النقيع لخيل المسلمين الى غير ذلك من النصوص
الكثيرة والامر سهل والله اعلم تنبيه قد اختلفوا في ان الحمى والحريم
ملك لاربابه او انهم احق به من غيرهم فعن الشيخ وابن البراج
وادريس وسعيد والفاضل وولده وغيرهم بل هو الاشهر كما في الكفاية
انه ملك لهم ولذا يدخل في بيع العامر وليس لغيرهم احياؤه ولا التصرف فيه

في كون الحريم ملكا او حقا

بغير اذن ارباب العامر ولان الشفعة تثبت بالشركة في الطريق المشترك
وذلك دال على الملك ولانه مكان استحق بالاحياء فيملكه المحيي ولان
معنى الملك موجود فيه ولظهور خبر الزنط ونحوه فيه ولاندراجه
في نصوص الاحياء فان احياء كل شيء بحسب حاله ولان التبعية
للمحياة كافية في ملكه كما قيل الا ان غير ذلك مما لا يخلو من نظر او منع خصوصا
الاخير كما يظهر مما مر فتدبر ولعله لذا قيل بانهم لا يملكونه وانما هو
حق لهم كما عن جماعة للاصل ولعدم وجود الاحياء الذي يملك به
مثلها فيها وللسيرة المستمرة في سائر الاعصار والامصار على عدم
اجراء حكم الملك على حريم القرية ونحوها من التصرف فيه بالنزول
فيه واخذ الحطب منه والحشيش والماء ونحو ذلك من دون اذن ارباب
القرية بذلك ولا يلتفت الى نهيهم عن ذلك لو نهوا عنه احيانا ولو علم
بان فيهم قاصرا او مجنونا او نحو ذلك مما يمنع من التصرف في املاكهم
قيل ولكن المانع لذلك كانه مستظهر اذ لعل ذلك لشاهد الحال او
لاذن الشارع بالتصرف في بعض ما علم ملكيته كما سبق في المارة ونحوها
والعمدة انما هو الاصل النافي للملكية مع ثبوت اصل الحق فهو
اصالة الاباحة في سائر التصرفات التي لا تنافي اصل الحق اذ لا دليل على
المنع منها بعد عدم شمول ادلة المنع من التصرف في مال الغير بدون
اذنه لمثل ذلك كما هو واضح هذا وتظهر الثمرة في بيعه منفردا فعلى
الاول يجوز دون الثاني كذا قيل وتأمل فيه جيدا والله اعلم
قال ره وحد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج اليه

في الارض

في الارض المباحة خمس اذرع وقيل سبع اذرع فالثاني
يتباعد هذا المقدار اقول الاصل في ذلك كما قيل انما هو
اختلاف الاخبار الواردة عنهم ع كخبر ابي العباس عن ابي عبد الله ع
عن اذا تشاح قوم في طريق فقال بعضهم سبع اذرع وقال بعضهم
اربع اذرع فقال ع لا بل خمس اذرع وكخبر السكوني عنه عن النبي ص
انه قال والطريق يتشاح عليه اهله فحده سبع اذرع وخبر مسمع
عنه ع انه قال الطريق اذا تشاح عليه اهله فحده سبع اذرع وعن
النبي ص انه قال اذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبع اذرع وظاهرها
اجمع انحصار اهله ووقوع النزاع فيما بينهم فلا تشمل محل البحث الذي
هو عدم جواز احياء الحريم بل ولا تشمل الطريق العام الذي لا ينحصر
اهله وان امكن وقوع النزاع فيه بين بعضهم كاهل بلد او قرية او نحوهما
ومع فيعمل الحاكم او من يقوم مقامه على الخمس او السبع ومع تراضيهم
وكذا لو وقع النزاع بين المحيي الثاني والمحيي الاول في مقدار حريمه الذي
لا يسوغ للثاني التصرف فيه باحياء ونحوه واما اذا لم يكن بينهم
نزاع وتراضوا فيما بينهم على مقدار مخصوص فان كان الطريق
خاصا بهم كالطرق المرفوعة فلا اعتراض لاحد عليهم لان منحصر فيهم
فعلا ولا يجب عليهم مراعاة حال من يتجدد بعدهم او في زمانهم ممن
له الاستطراق فيه للاصل ولاطلاق ادلة الاحياء كما قيل هذا والفرق
في ذلك بين الارض الموات التي هي من الانفال او من الارض الخراجية
وغيرها ولا بين المحيي الثاني وبين المحيي الاول وبين غيرهما ممن له

اذا ص

الحق ص

الاستطراق فيه وكان ما في المتن وغيره من الاقتصار على ذكر المحل الثاني
انما هو لمناسبة المقام ولا يراد به الخصوصية جزما بعد اشتراك الجميع
في ذلك ودعوى انه هو المكلف بجعل الطريق شرعا دون غيره وح
فعليه تحديده مما لا شاهد عليه مع اصالة عدمها وكونه هو السبب في
جعله اذ لولاه لم يحتج اليه الاول غير قاض بالوجوب عليه دون
غيره اللهم الا ان تخفى بمحل البحث النص الصريح للاول كما هو ظاهر
كثير من العبارات وكيف كان فينبغي البحث في ترجيح احد الحدين
على الآخر اذ التخيير بينهما او حملهما على اختلاف الطرق بكثرة المستطرقين
وقلتهم ومرور المحمل ونحوها فيه وعدمه ونحو ذلك فنحوه الشيخ
النافع والارشاد دون المقتصر وغيرها اختيار التحديد بالخمس [illegible]
وعن كشف الرموز والمهذب البارع والمفاتيح ان روايته اصح
طريقا وعن الايضاح نسبته الى كثير بل عن الحواشي والارشاد النسبة
الى الاكثر عملا بالجزاف يق مع اصالة الاباحة كما عن الشيخ في النهاية
واتباعه وكما عن القاضي وابي الصلاح وابن ادريس وسعيد
والفاضل في التذكرة والتحرير والتبصرة وولده في الايضاح والشهيد
في الدروس والحواشي والثانيين وكثير منهم بل رجحان نسب الى المبسوط
بل رجحان الى المشهور عملا بما في النصوص الباقية التي قد عمل بها
من لا يعمل الا بالقطعيات مع موافقة الاعتبار لان الضرورة تدعو
غالبا الى السبع فلا ينبغي في الحكم تحديده بالخمس كما قيل واما الخبر بها
فهو ضعيف [illegible] من كل وجه ولا يخفى [illegible] الترجيح ان للثاني [illegible]
خصوصا مع قلة القائلين بالاول وعدم ثبوت نسبته الى الاكثر ان لم يكن الثابت

شام الحق على هاد

٢ وما يرد من ان [illegible]

عدمها في منع الصحة في طريق رواية الخمس بعد اشتراك الجميع في عدم الصحة
المصطلحة بين المتأخرين والصحة المصطلحة بين القدماء لعمل مع
روايات السبع خصوصا مع وصف بعضها بالتوثيق ايضا كما في التذكرة
وغيرها فتأمل جيدا والله اعلم واما الوجه الرابع فلا شاهد عليه مع امكان
كونه خرقا للاجماع المركب كما اعترف به الثانيان وغيرهما ففي جامع المقاصد
انه قد يقال اجزاء الخمس على ما اذا لم تدع الحاجة الى ازيد من الخمس ان لم
يلزم احداث قول ثالث فان لزم فالعمل على السبع لان الضرورة
تدعو كثيرا اليها عند ازدحام الاحمال وعبور القوافل و
في المسالك انه يمكن حمل اختلاف الروايات على اختلاف الطرق فمنها
ما يكفي فيه الخمس كطريق الاملاك والتي لا تمر عليها القوافل غالبا
ومنها ما يحتاج الى السبع وقد يعرض احتياج بعضها الى ازيد من السبع
كالطريق التي تمر عليها الحاج بالكنائس ونحوها فيجب مراعاة قدر
الحاجة بالنسبة الى الزائد على المقدار اما النقصان عنه فلا وقد يورد عليه
بانه لا بأس بالنقصان مع تراضي اهله بذلك وبانه اولى بكونه احداث
قول ثالث ايضا وان مال اليه صاحبا الكفاية والمفاتيح بل هو كالاجتهاد
في مقابل اطلاق الادلة كما قيل اما غير ذلك مما ذكره هنا فهو خارج
عن محل البحث الذي هو تحديد الحريم وبيانه تمام البحث فيه عند تعرض
المصنف لذلك انشاء الله تعالى هذا وقد يستدل على تحديد الحريم

حريم الشارع

من حيث الطريقية بعدم القول بالفصل بينه وبين مورد النصوص المزبورة كما هو ظاهرهم او صريحهم او بدعوى ان المستفاد منها ان التحديد المزبور للطريق مطلق وان كان حريما للعامر او كان في ابتداء الاحياء من اثنين فلا دفعة وتنازعا في مقدار ما بينهما فعلا او قوة او نحو ذلك ولعل ذلك هو مناط استدلال الجماعة بها هنا ولا بأس به واما الاول فلا يستفاد منها احد الحدين بخصوصه لان اصالة العدم تنفيهما معا ان لم يقطع باحدهما والا لم يجر اصلا كما في نظائره واصالة البراءة او اصالة الاباحة قد يكون في جانب الاقل وقد يكون في جانب الاكثر فلا ينقطع بها النزاع فلاحظ وتدبر والله اعلم واما عمومات الاحياء فتخصص بما اذا لم يكن المحيى حريما لما فوق المسلم او نحوه فلا استدلال بها على تحديده بالخمس كما زعمه بعضهم بل لا بد من الرجوع في تحديده الى الشرع كما في نظائره فتدبر جيدا والله اعلم قال ره وحريم الشرب بمقدار مطرح ترابه والمجاز على حافتيه ولو كان النهر في ملك الغير فادعى الحريم قضي به له مع يمينه لانه يدعي ما يشهد به الظاهر وفيه تردد اقول ان تحديد الحريم بذلك فقد نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف بل ظاهرهم الاجماع عليه كما عن الكفاية وعن غيره الدعوى على ذلك ولمرفوع ابراهيم بن هاشم انه قال حريم النهر حافتاه وما يليها ونحوه ما يقرب منها عرفا وهو مطرح ترابه وطرق ما يحتاج اليه اصلاحه

منه

هل النقص في ان حريم النهر هو لصاحب الارض او لصاحب النهر

من الجريان مائه وذلك يختلف باختلاف الانهار كما هو المشاهد بالوجدان والله اعلم ولو ادعى صاحب النهر الواقع في ملك زيد مثلا بان حريمه له فانكر زيد ذلك فالقول قوله بيمينه لصدق المنكر عليه عرفا فيندرج في عموم النبوي وغيره وعلى المدعي البينة كما هو مقتضى تردد الفاضلين وغيرهما ولكن قد قيل بان القول قول صاحب النهر لموافقته للظاهر فان الحريم من لوازمه العادية والعرفية والشرعية فيقدم قوله بيمينه وهو حسن بناء على كون المدار في صدق المدعي والمنكر على مخالفة الظاهر وموافقته وبناء على دوام الظهور في طرف صاحب النهر ولكن الامران لما ستطلع خصوصا الثاني فانه انما يسلم مع سبق احياء النهر على احياء الارض فان المحيي حينئذ انما يملك ما عدا حريم النهر لعدم جواز احيائه عندهم واما مع سبق احياء صاحب الارض على شق النهر فلا يجوز الا باذن صاحب الارض به ولو باجارة ونحوها ومع فقد يكون الاذن منه بمجرد اجراء الماء في ارضه وذلك لا يقتضي بملك ارض النهر فضلا عن حريمه المزبور وقد يكون بنقل نفس ارض النهر الى صاحبه دون حريمه وقد يكون مع حريمه اليه فالمتبع ما علم تحققه شرعا من هذه المحتملات واما مع عدم العلم بالحال وقيام احتمال سبق كل منهما على الآخر او تقارنهما معا فلا ظهور مع صاحب النهر في استحقاقه لحريمه كما لا يد لصاحب الارض عليه ظاهرا فتتعارض دعواهما ويكونان متداعيين في الحريم كما هو احد الاحتمال في تردد الفاضلين وغيرهما بل لعله ظاهر القواعد وفي المسالك وغيرها ان الامر في تردد المصنف وغيره من شهادة الظاهر لصاحب النهر ومن يد الغير

على ملكه الذي من جملته موضع الحريم وهو مانع من اثباته ومن ثم لم يثبت
الحريم للاملاك المتجاورة لتعارض الحقين وعلى هذا فيحتمل تقديم
قول صاحب النهر فيحلف على اثباته ويحتمل تقديم قول صاحب الملك بيمينه
لانه الداخل ويحتمل التحالف فيها في الدعوى فيتحالفان ويشتركان بينهما
في مقداره والوسط لا يخلو من قوة وقد يعلل الوسط بان ثبوت الحريم
للنهر موقوف على التقدم في الاحياء او المقارنة وكلاهما غير معلوم و
بان سبب تحقق الحريم غير معلوم ولا يد لصاحب النهر الا على النهر
وانما اليد لصاحب الارض وهو اعم من اقتضاء النهر الحريم على بعض الاحوال
فلا يترك المعلوم بالمحتمل وبانه قد تعارض الحق والملك والملك
اقوى وبان الاصل عدم الاستحقاق في ملك الغير مالكه فكلام مالك الملك
يوافق الاصل فهو المنكر ولكن المانع لجميع ذلك مستظهر ايضا فالوجه
هو الاخير فانهما معا كالداخلين او خارجان فهما متداعيان ولم
يتحقق يد ظاهر لاحدهما على الحريم دون الآخر كما هو المفروض كي يكون
النزاع بينهما من باب المدعي والمنكر ودعوى الاجماع على خلاف ذلك
عهدتها على مدعيها فتدبر جيدا والله اعلم تنبيه لو تنازعا في نفس ارض
النهر فادعاها صاحب النهر وانكر صاحب الارض فان كان هو السابق فالقول
قوله بيمينه لثبوت يده عليها وصاحب النهر مدع استحقاقها اليه لشراء او نحوه
فعليه البينة واجراء الماء فيه اعم من الملك فقد يكون باجارة او نحوها
وان كان السابق هو صاحب النهر فالقول قوله بيمينه وانما يدعي صاحب
الارض تملكها منه فعليه البينة واما مع الجهل بالحال ففيه الوجوه الثلثة

وقال الفاضل القمي ان القول قول صاحب النهر لولا انه ظاهر حاله على ذلك ولا اقل في النزاع اذا لم يكن ...

في النزاع في نفس ارض النهر

ايضا

في تحليل ... الآباء على قول المشهور

بئر ...

ايضا الا ان تصرف صاحب النهر فيها فعلا يقوي جانبه فلا يبعد كون القول
قوله بيمينه لانه المنكر عرفا فتدبر جيدا والله اعلم قال ره وحريم المعطن
اربعون ذراعا والبئر الناضح ستون اقول قد صرح
بذلك كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف بل ظاهرهم الاجماع عليه بل عن كره
نسبته الى علمائنا وعن التنقيح ان عليه عمل الاصحاب بل عن الخلاف
الاجماع على ان حريم البئر اربعون ذراعا وعن الغنية انه روى اصحابنا
ان حد ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن اربعون ذراعا وما بين بئر
الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعا وما بين بئر العين الى بئر العين في
الارض الصلبة خمسمائة ذراع وفي الرخوة الف ذراع وعلى هذا لو اراد
غيره حفر بئر الى جانب بئر ليسرق منه الماء لم يكن له ذلك بلا خلاف ولا يكون
الحفر الا ان يكون بينهما الحد الذي ذكرناه ويشهد لذلك ما روي عنه ص
انه قال من احتفر بئرا فله اربعون ذراعا حولها لعطن ماشيته وخبر السكوني
عن ابي عبد الله ع انه قال قال رسول الله ص ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن
اربعون ذراعا وما بين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعا وخبر حماد بن
عثمان عنه ع انه قال حريم البئر العادية اربعون ذراعا حولها قال الكليني
وفي رواية اخرى خمسون ذراعا الا ان تكون الى عطن او الى الطريق
فيكون اقل من ذلك الى خمسة وعشرين ذراعا وقال الصدوق ره قضى رسول الله ص
ان البئر حريمها اربعون ذراعا لا يحفر الى جانبها بئر اخرى لعطن او غنم
وخبر مسمع عنه ع انه قال قال رسول الله ص ما بين بئر المعطن الى بئر المعطن اربعون

في تحديد ابن الجنيد مقابل المشهور

ذراعا وما بين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعا فيكون اقل من ذلك
الا خمسة وعشرين ذراعا ونحوه عن قرب الاسناد وزاد [illegible] وحريم بئر
المحدثة خمسة وعشرون ذراعا الا غير ذلك ولكن في المسالك ان النصوص
مشتركة في ضعف السند مع عدم جبر الشهرة لها ومن ثم جعل بعضهم حريم
البئر ما يحتاج اليه في السقي منها وموضع وقوف النازح والدولاب
ومتردد البهائم ومصب الماء والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية
والزرع من حوض ونحوه والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العادة
وقال ابن الجنيد حريم الناضح قدر عمقها من الناضح وحمل الرواية باشتراط
على ان عمق البئر ذلك انتهى وللخلوه نظر فقد تردد عن المنع عن الكلام
انه قال لو كان بعرض المكان الذي يريد ان يحفر البئر فيه بئر عادية
محفورة قبل الاسلام وما فيها ماء يمكن شربه بالنزح فقد روي
عن رسول الله ص انه قال حريم البئر اذا كانت محفورة في الجاهلية خمسون
وان كانت محفورة في الاسلام فحريمها خمس وعشرون ذراعا ولو
كان البلاد مما لا يبقى الماء في الآبار الا ... كان حريم بئر الناضح قدر
عمقها من الناضح وقد جاء في الحديث عن رسول الله ص ان حريم بئر الناضح
ستون ذراعا فيحتمل ذلك قدر عمق الآبار في تلك البلاد التي تكلم فيها بذلك
فيه وعنه ايضا انه لا باس بعوله وتاويله وفي الكفاية ان المشهور ان
حريم بئر المعطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون لخبر السكوني
ومسمع ولم تبلغ حد الصحة ولكن العمل بهما مشهور بين الاصحاب بلا

بعد

بعد العمل بهما وقال ابن الجنيد حريم الناضح قدر عمقها ومن الناضح والدولاب
الا آخر القول المرسل في المسالك الذي صار اليه صاحب المفاتيح كما قيل
الا انه قد انكر غير واحد منهم نسبته اليه وادعيا ان ذلك قول
ال... فيه وانه ليس قولا لاحد منا ودعوى انه هو المتجه جمعا بين النصوص
يدفعها عدم التكافؤ وعدم الشاهد عليه مع عدم مساعدة العرف عليه
فلا محيص عما عليه الاصحاب ويحتمل كون الحكمة فيه حسم مادة النزاع
الذي قد يؤدي الى تلف النفوس وغيرها ولولا ذلك لامكن الجمع بينها بوجوب
الاقل واولوية الزائد علما وبغير ذلك الا ان ذلك بعد النص والفتوى
لا وجه له خصوصا بعد ظهور حكمة التحديد الرافع للاختلاف كما قيل وقد يقال
ان المنساق من النصوص انما هو التحديد بين نفس البئرين تعبدا والحريم
بالنسبة الى ما يحتاج اليه البئر موكول الى العرف والعادة ولا يستفاد
من هذه النصوص بل انما يستفاد منها التحديد ما بين البئرين فقط
فلاحظ وتامل والله اعلم قال ره وللعين الف ذراع في
الارض الرخوة وفي الصلبة خمسمائة ذراع
وقيل حد ذلك ان لا يضر الثاني بالاول
والاول اشهر اقول بل هو المشهور كما اعترف به كثير منهم
بل في التذكرة نسبته الى علمائنا بل عن الخلاف نسبته الى اجماع الفرقة واخبارهم
وعليه عمل الاصحاب كما في التنقيح وعليه اطباقهم كما عن جامع المقاصد

والمراد بالعين هنا القناة لا العين المعروفة

ولعل ذلك هو الحجة مضافا الى خبر السكوني عن ابي عبد الله ع انه قال قال
رسول الله ما بين العين الى العين خمسمائة ذراع ونحوه خبر مسمع عنه ع
وقال الصدوق قضى رسول الله ص بان يكون بين القناتين في الارض اذا
كانت ارضا رخوة الف ذراع وان كانت ارضا صلبة يكون بينهما
خمسمائة ذراع وما رواه المشايخ الثلثة عن عقبة بن خالد عنه ع
انه قال يكون بين البئرين اذا كانت ارضا صلبة خمسمائة ذراع وان
كانت ارضا رخوة فالف ذراع ومرسل حفص عنه ع انه قال يكون بين
العينين الف ذراع الى غير ذلك مما يحمل المطلق منه على المقيد المعتضد
بالعمل وغيره ولكن عن الكاتب انكار التحديد المزبور والرجوع الى
التحديد بالضرر عرفا وعادة فلا يحفر الثاني ما يضر بالاول وتبعه الفاضل
في المختلف وثاني الشهيدين وكثير ممن تاخر عنهما استضعافا للنصوص
المزبورة وتمسكا بقاعدة نفي الضرر والضرار وباطلاق ما دل على جواز
الاحياء المعتضد بتقييده بصورة نفي الضرر فقط وبخبر محمد بن
الحسين قال كتبت الى ابي محمد ع رجل كانت له قناة في قرية فاراد
رجل ان يحفر قناة اخرى كم يكون بينهما في البعد حتى لا تضر بالاخرى في الارض
اذا كانت صلبة او رخوة فوقع ع على حسب ان لا تضر احديهما بالاخرى ان شاء الله
وخبر ابي محبوب انه قال كتب رجل الى الفقيه ع في رجل كانت له قناة
في قرية فاراد رجل ان يحفر قناة اخرى فوقه كم بينهما في البعد حتى لا تضر
بالاخرى في ارض اذا كانت صعبة او رخوة فوقع ع على حسب ان لا تضر
احديهما بالاخرى ان شاء الله وفي اخر خبر عقبة قال ع قضى رسول الله ص في رجل

احتفر

في تحديد الحد بين القناتين

بجانب

احتفر قناة واتى بذلك سنة ثم ان رجلا حفر الى جانبها قناة فقضى ص
ان يقاس الماء بجانب البئر ليلة هذه وليلة هذه فان كانت الاخيرة
اخذت ماء الاولى عورت الاخيرة وان كانت الاولى اخذت ماء الاخيرة
لم يكن لصاحب الاخيرة على صاحب الاولى شيء وخبر عقبة الاخر عنه ع عن رجل
اتى جبلا فشق فيه قناة جرى ماؤها سنة ثم ان رجلا اتى ذلك الجبل فشق فيه
قناة اخرى فذهبت قناة الاخرى بماء قناة الاول فقال ع يتقاسمان
بجانب البئر ليلة ليلة فينظر ايتهما اضرت بصاحبتها فان كانت الاخيرة
اضرت بالاولى فلتعور وقضى بذلك رسول الله ص وان كانت الاولى
اخذت ماء الاخيرة لم يكن لصاحب الاخيرة على الاول سبيل الى غير ذلك مما لا ينكر
دلالته على كون المدار في التحديد على الضرر كما صار اليه كثير ممن تاخر مطلقا او
لولا الشهرة العظيمة والاجماع المزبور ان لم يكن للاخبار تبعه سندا ودلالة
ودعوى ان الموجود فيها انما هو البئر وذلك مغاير لمحل النزاع كما قيل يدفعها
وضوح ارادة العينين من البئر ولو بقرينة الاجماع والاخبار المرسلة
وغيرهما وقد يقال بان تحديده المشهور منزل على ما اذا لم يعلم اضرار الثانية
بالاولى وعدمه واما مع العلم بالحال فالمدار عليه كما قيل ومقتضاه
انه لو اتفق العلم بالضرر باحداث العين الثانية فيما زاد على التحديد
المزبور منع منه كما لو اتفق عدمه فيما دون الحد المزبور لم يمنع منه ولكن
فيه طرح للنصوص المشهورة مع ما عليه من الاعتبار بحد القوة والاشتهار لم
الا ان يتقيد في مخالفها على جواز حفر العين الثانية مع عدم الضرر فيما

دون الحد المزبور فقط ولا يمنع منه فما زاد عليه مطلقا وان اتفق حصول
الضرر به فيكون ح عملا بالنصوص اجمع ولو في الجملة الا انه بعيد جدا
بل لعله خرق للاجماع المركب فالعمل على المشهور لعله هو الاظهر فلاحظ
وتدبر والله اعلم تنبيه قد صرح ثاني الشهيدين وغيره بان فائدة
هذا الحريم انما هو منع الغير من احداث عين اخرى في ذلك المقدار لئلا
ينتقل ماء العين الاولى الى الثانية ومن ثم اختلف باختلاف الارض
بالرخاوة والصلابة بخلاف حريم البئر من الى بقية فان فائدته
منع الغير من احياء ذلك المقدار مطلقا حتى الزرع والشجر لان الغرض منه
الانتفاع بالبئر فيما اعدت له وما يحتاج اليه عادة ويبقى الكلام
في احياء ما يستثنى للعين بغير حفر عين اخرى فانه لا يمنع منه لكن يستثنى
لها ما يحتاج اليه للانتفاع بها فيما اعدت له عرفا من غير تحديد كما قيل
وقد يقال بان ظاهر النصوص عدم الفرق بين الجميع بالنسبة الى ذلك
فالفرق المزبور لا يخلو من تأمل الا ان يتم عليه اجماع فيكون عليه المعول
ولعل الى هذا اشار ثم فلاحظ وتأمل والله اعلم تنبيه آخر لو كانت
العينان مثلا على وجه الارض بحيث انه تم لكل منهما اهل بالسبق
اليها لم يجز لارباب احدهما ان يحدث فيها ما يضر بالاخرى بتعميق ونحوه
لقاعدة نفي الضرر ونحوها ولخبر محمد بن الحسين قال كتبت الى
ابي محمد ع رجل كانت له رحى على نهر قرية والقرية لرجل فاراد صاحب
القرية ان يسوق الى قريته الماء في غير هذا النهر ويعطل هذه الرحى
اله ذلك ام لا فوقع ع يتقي الله ويعمل في ذلك بالمعروف ولا يضار اخاه
المؤمن

المؤمن ونحوه خبرابا محبوب عنه ع ومرسل محمد بن حفص عن ابا عبد الله ع
عن قوم كانت لهم عيون في الارض قريبة بعضها من بعض فاراد الرجل
ان يجعل عينه اسفل من موضعها الذي كانت عليه وبعض العيون اذا فعل
بها ذلك اضر ببقية العيون وبعض لا يضر بها من شدة الارض فقال ع
ما كان في مكان شديد فلا يضر وما كان في ارض رخوة بطحاء فانه يضر
وان عرض رجل على جاره ان يضع عينه كما وضعها وهو على مقدار
واحد فان تراضيا فلا يضر وقال ع يكون بين العينين الف ذراع
ومنها يظهر انه لو كانت العين ظاهرة لقوم فاراد رجل ان يحفر
بئرا [illegible] بالف ذراع
او نصفه للقطع بانها لا تزيد على القناة التي قد اصبحت القوم ان لم
تنقص عنها ويقوى قول الكاتب ع هنا لعدم وضوح شمول نحو الخبر المشهور
لمثل ذلك كما قيل وح فتبقى قاعدة نفي الضرر سالمة عن المعارض مؤيدة
بظاهر النصوص المزبورة فتأمل جيدا والله اعلم ولو كانت الارض بعضها رخوا
وبعضها صلبا ففي تغليب احدهما على الاخر واجراء حكم عليه وجوه والاحتياط
فيه مما لا ينبغي تركه فلا يخفى الشأن الآخر التي تعد بالتحديد مطلقا حتى
مع اغلبية الصلابة المتفرقة في الارض اقتصارا على المتيقن مع احتمال
العمل بالاقل للاصل ومع احتمال التوزيع فيلاحظ في الرخوة مقدار الالف
وفي الصلبة مقدار نصفه ويعمل بما يلزم منهما معا ومع احتمال الترجيع
الى قاعدة نفي الضرر ونحوها بعد عدم شمول النصوص المشهور لنحو ذلك فتأمل
جيدا والله اعلم قال ره وحريم الحائط في المباح مقدار

[illegible]

مطرح ترابه نظراً الى امساس الحاجة اليه لو استهدم
فقيل للدار مقدار مطرح ترابها ومصب ميائها
ومسلك الدخول والخروج وكل ذلك انما يثبت
له حريم اذا ابتكر في الموات اما ما يعمل في الاملاك
٢ خلافا
المعمورة فلا اقول اما الاول فلا نعرف فيه خلافا بل ظاهر التذكرة الاجماع
عليه لاحتياج الى ذلك عادة فليس لغير صاحبه ان يحدث قريبا منه ما يمنع
من ذلك كحفر نهر ونحوه وقال الشهيد ان لصاحب الدار ان يمنع من حفر
نهر او بئر بقرب الحائط في المباح بحيث يضر ان بحائطه او داره وفي مفتاح
الكرامة ان الحائط مشترك بين الجدار والبستان وكلاهما مراد في كلامهم
ولعله لاتحاد المناط فيهما ولكن قد يأبى ارادة ذلك تفسيرهم له بل و
تعليلاتهم له فانه لا يشمل غير حائط البستان كما هو واضح فتم جيدا والله اعلم
في ثبوت الحريم للدار وعدمه
واما الثاني فهو المشهور بين الاصحاب كما في الكفاية وغيرها بل فيها ان كثيرا
منهم لم ينقلوا فيه خلافا للاحتياج الى ذلك عادة فهو المناط في ثبوت
الحريم فيما لا نص فيه بالخصوص ولكن ظاهر المتن والمسالك والكفاية
والمفاتيح وغيرها مما اقتصر فيه على نسبته الى القيل التوقف وذلك بل عن
بعضهم المنع من ثبوت حريم للدار للاصل ولعدم الدليل على ذلك وللسيرة المستمرة
على عدم التزام الناس بذلك كما هو المشاهد في البلاد العامرة اذ من المقطوع به
عادة عدم اتفاقهم على الاحياء دفعة فاذا كانوا مترتبين فيه وقلنا بثبوت
حريم للدار لزم على المحيي الثاني ان يتباعد عنها بمقدار حريمها والسيرة المستمرة
على عدمه كما قيل وقد يؤيد عليها بمنع دلالة على ذلك لامكان كون ذلك

عن تراض

عن تراضٍ منهم بذلك او عن فعل الحكام لذلك او لغير ذلك بل قد ينتقض
عليهم بان مثله جار في الحائط الذي اعترفوا بثبوت الحريم له اذ لا فرق
بينهما من هذه الجهة كما هو واضح وان امكن الفرق بينهما في مقداره
فقد قيل بان حريم الحائط مطرح ترابه وحجارته وخشبه ونحو
ذلك وبان حريم الدار اوسع منه وفي المسالك ان منه مطرح القمامة
والرماد مما يحتاج اليه عادة ولكن قد قيل بان مرجع الحريم في الدار
الى الساكن فيها لا الى نفسها اذ ليس لها حريم من حيث هي مع حريم حائطها
داخل في حريم الحائط في عباراتهم فلا اشكال في ثبوت الحريم له وانما
الاشكال في ثبوت غيره لها كالقمامة ونحوها مما يكون من الساكن لا مما
احدث في المباح ولذا توقف المصنف وغيره فيه وفيه ان تخصيص محل
التوقف بالحريم لما يحتاج اليه الساكن مما لم يعد عرفا من حقوق الدار بخلاف
ما كان كذلك كالتراب القائم منها ونحوه مما يرجع اليها على انه يحتاجه
الساكن فيها راجع اليها ايضا نحو بئر المعطن المحتاجة الى الحريم باعتبار الابل
والماشية التي تستقي منها وربما يؤيده ما في التذكرة من ان حريم القرية
مطرح القمامة والتراب والوحل ومناخ الابل ومراعي الخيل والنادي
وملعب الصبيان ومسيل المياه ومرعى الماشية ومحتطب اهلها مما جرت
العادة بوصولهم اليه وليس لهم المنع فيبعد عن المرعى والمحتطب بحيث لا يطرقونه
الا نادرا ولا المنع مما يقرب بهم مما لا يطرقونه ولا تتقدر حريم القرية بالفسحة
من كل جانب ولا فرق بين قرى المسلمين واهل الذمة انتهى فان كثيرا منه
مما لا يرجع الى الساكن فيها بل هو نحو ما ذكروه للدار والفرق بينهما من
جهة نفي الحريم لا يخلو من تحكم بعد عدم ورود نص خاص في واحد منهما دون

الاخص والعموم مشترك بينهما كما هو واضح فتدبر جيدا والله اعلم تنبيه
قد ذكر ثانا الشهيد وغيره ان المراد بمسلك الدخول والخروج هو
الطريق في القرب الذي تفتح فيه الباب لا بمعنى ابتداء الممر في قبالة الباب
على امتداد الموات بل انتهائه الى الطريق ان كان ولو بازورار
وانعطاف لان الحاجة تمس الى ذلك وفي التذكرة ان حريم الدار
في الموات مطرح ترابها والرماد والكناسة والثلج ومسيل مياهها
وقبالة المنزل والممر في القرب الذي يفتح فيه الباب وليس المراد منه
استحقاق الممر في قبالة الباب على امتداد الموات بل يجوز لغيره احياء
ما في قبالة الباب اذا بقي له الممر فان احتاج الى ازورار وانعطاف
جاز لان الحاجة تمس الى ذلك وفي جامع المقاصد انه لا ريب في ان
مطرح تراب الدار ورمادها والكناسة والثلج ومسيل مياهها ان
احتيج اليها والممر في صوب الباب الى القرب الذي يفتح اليه الباب
مما تستدعيه الحاجة وليس المراد من استحقاق الممر في صوب الباب استحقاق
الممر في قبالة الباب على امتداد الموات بل يجوز لغيره احياء ما في
قبالة الباب اذا بقي له الممر فان احتاج الى ازورار وانعطاف جاز
لان الحاجة تمس الى ذلك كذا ذكره في التذكرة لكن ينبغي تقييده
بما اذا لم يحصل ضرر عادة لا يستدعيه افراط طول الطريق ونحوه
الى غير ذلك مما يهم الى لا باس بها مع عدم استطراق صاحب الدار لمكان
معين او مع عدم اعتياده لغير ذلك واما معه ففيه اشكال لان ذلك
احياء حقيقة او حكما فلا يجوز لغيره احياؤه للاصل بعد سبق الاول اليه
واحترام حقه كما في نظائره فتدبر جيدا والله اعلم واما الحريم ثبت فلا خلاف
فيه ولا اشكال بل ظاهر كثير من العبارات الاجماع عليه للاصل ولان الاملاك
لا حريم

في الاملاك
المتلاصقة
المتجاورة
انه لا حريم
لها

لا حريم فيها لعدم رجحان بعضهم على بعض وحينئذ فيجوز لصاحب الدار ان يتصرف
في ملكه كيف شاء فله ان يحفر بئرا في ملكه وان كان لجاره بئر قريبة منها
وان نقص ماء الاولى وفي المسالك وغيرها والفرق بينهما ان
الحفر في الموات ابتداء تملك فلا يمكن منه اذا تضرر به الغير بل يقدم
السابق بالتملك واما الحفر في الاملاك فكل واحد يتصرف في
ملكه فلا يمنع منه حتى انه لو حفر في ملكه بئر بالوعة وافسد بها بئر جاره
لم يمنع منه ولا ضمان عليه بسببه لكن قد فعل مكروها ومثله ما لو
اعد داره المحفوفة بالمساكن حماما او دخانا او طاحونة او جعل حانوته
في صف العطارين حانوت حداد او قصار على خلاف العادة لانه مالك
وله التصرف في ملكه كيف شاء نعم لم يمنع ما يقرب لحائط من الزرع والشجر
ولو بروز اصلها اليه والغرز المؤدي الى حر اي نظر ونحو ذلك وفي
التذكرة ان لكل واحد من الملاك ان يتصرف في ملكه على العادة كيف شاء
ولا ضمان عليه وان افضى الى تلف الا ان يتعدى الى ان قال
هذا اذا احتاط واحكم الجدار بحيث يليق بما قصده فان فعل ما يغلب
على الظن فيه انه يؤدي الى خلل في حيطان جاره فاظهر الوجهين عندنا المنع
جواز ذلك كما اذا دق الشيء في داره دقا عنيفا تنزعج منه الحيطان
او حبس الماء في ملكه بحيث تنتشر منه النداوة الى حيطان الجار ولو اتخذ
داره مدبغة او حانوته مخبزة حيث لا يعتاد فان قلنا لا يمنع في الصورة
السابقة فهنا اولى وان قلنا بالمنع فيها فههنا يحتمل عدمه لان الضرر

بها من حيث التأذي بالدخان والرائحة الكريهة وهو اهون وكذا البحث
في اطالة البناء ومنع الشمس والقمر والاقوى انه لارباب الاملاك التصرف
في املاكهم كيف شاؤا ولو حفر في ملكه بئر بالوعة وفسد بها ماء جاره
لم يمنع منه ولا ضمان عليه ولكنه قد يكون فعل مكروها وبه قال الشافعي
وقال مالك يمنع منه فان فعل وتلف شيء ضمنه الى غير ذلك من
عباراتهم وترددهم واشكالهم القاضية بعدم ثبوت اجماع او
شهرة معتبرة على ترجيح عمومات تسلط الناس على عمومات نفي الضرر كما قيل
وفي الكفاية قالوا بان له ان يحفر بئرا في ملكه وان كان لجاره بئر قريب
منها وان نقص ماء الاولى وان كان ذلك مكروها قالوا ان له ان يحفر
في ملكه بئر بالوعة وفسدت بها بئر الجار لم يمنع ولا ضمان عليه ومثله
ما لو اعد داره المحفوفة بالمساكن حماما او خانا او
طاحونة او حانوت حداد او قصار لان له التصرف في ملكه كيف شاء
ويشكل هذا الحكم في صورة تضرر الجار تضررا فاحشا نظرا الى عموم
نفي الضرر والضرار وهو الحديث المعمول عليه بين الخاصة والعامة
المستفيض فيما بينهم خصوصا ما تضمنته النصوص ان نقضه كخبر ابن محبوب
ونحوه وقد يورد عليها بان العموم المزبور معارض بمثله من عموم ان
الناس مسلطون على اموالهم وهو ايضا معمول عليه بين الفريقين ويتعارض
بينهما بالعموم من وجه والترجيح للثاني بعمل الاصحاب وغيره وقد يدفع بان
الاول على نحو نفي العسر والحرج ونحوها حاكم على عموم جميع الادلة المثبتة
للاحكام الا ما خرج كصورة التضرر بموافقتها ولا مرجح لطلب ترجيح
غيرها عليها على نحو العمومات المتعارضة بالعموم من وجه كما دفع
بعضها

في ترجيح عمومات تسلط الناس على قاعدة نفي الضرر او بالعكس

لبعضها وقد يقال بان المتيقن او المتبادر من قوله ص لا ضرر انه لم يشرع
حكم ضرري في دين الاسلام وح فلا حكومة فيه ايضا على ادلة الاحكام
التي لا ضرر في اصل شرعيتها كتسلط الناس على اموالهم مثلا وان كان
قد يتفق في بعض افراد المتسلط عليها حصول الضرر على المتصرف فيها
او على غيرهم او على الجميع فان مثل ذلك غير داخل في عموم النفي المزبور
وانما يستفاد حكمه من دليل آخر من كتاب او سنة او اجماع وح فان
لم يقم على منعه دليل بخصوصه فلا مخرج عن اصالة الجواز وعدم المنع فيما
يتعلق بنفسه او بغيره مضافا الى العموم التسلط المزبور ولعل من ذلك
كثيرا من الامثلة المذكورة في كلامهم فيما سبق منه وغيره ومع ان المراد
منه نفي الحكم عن جميع الافراد التي يحصل منها الضرر فلا يكون الناس مسلطين
عليها ويكون تسلطهم مقيدا بالا ضرر فيه لا على النفس ولا على غيرهم كما قيل
~~...~~ لاشتماله عليها وانما هو مجرد احتمال في الحديث المزبور فلا
يعول عليه كباقي الاحتمالات المذكورة فيه من بالاجمال من جهتها ٢ من جهتها
جيدا والله اعلم واما قوله ص ولا ضرار فان كان تأكيدا لما هو جرى
فيما سبق ايضا وان كان تأسيسا كما هو المتبادر منه ويؤيده نسخة ولا
اضرار في الاسلام وان رميت بالغلط كما قيل فالمراد منه على الظاهر انه
لا يضر بعضكم بعضا وانكم منهيون عن ذلك وقد يرشد اليه قوله مع المنفي
الى نفسه ما رواه طلحة عن ابي عبد الله ع انه قال ان الجار كالنفس غير مضار
ولا آثم وما ورد في نصوص سمرة الواردة عن النبي ص وانه انما غضب

عليه لانه متعمد للضرر باخيه المؤمن وح فلا دلالة فيه على المنع
مما يتفق معه الضرر وان لم يكن مقصوداً له ولا متعمداً له واما مع
ذلك فلا ريب في حرمته ولا في ترتب الاثم عليه ولا في وجوب
كفه عنه فان اصر عليه عزره الحاكم بما يراه ولعل من ذلك اخراج
ماله باضراره على ذلك ومنه امر النبي ص للانصاري بان يقلع نخلة
سمرة ويرمي بها الى خارج البستان قهراً عليه ليسلم من اضراره الذي
قد اصر عليه نعم لا يترتب عليه ضمان الاموال التالفة بسبب اضراره
الا ان يصدق عليه انه قد اتلفه فيضمنه كما سبق البحث في ذلك في كتاب
الغصب فلاحظ وتامل والله اعلم قال ره فرع لو احيى ارضاً
وغرس في جانبها غرساً تبرز اغصانه الى
المباح او تسري عروقه اليه لم يكن لغيره احياؤه
ولو حاول الاحياء كان للغارس منعه اقول
لا خلاف في ذلك ولا اشكال لان ذلك مما دخل في حقوق الحريم عرفاً
بل لعل ذلك من الاحياء عرفاً فليس لغيره احياؤه والاول متعين
ذلك مطلق ولو قيل ببروز الاغصان او سراية العروق لانه
معدودة لذلك ولقولهم ع كما في الفقيه حريم النخلة طول سعفها وعن
قرب الاسناد مسنداً الى الصادق ع عن ابيه عنهم ع بل ولخبر السكوني
عن ابي عبد الله ع انه قال قضى رسول الله ص في رجل باع نخلاً واستثنى
نخلة بان للبائع ان يدخل اليها وبان يخرج منها وبان له مدى
جرائدها ونحوه خبره عنه ع عن ابيه ع عن ابائه عنهم ع وخبر عقبة بن خالد

عن النبي

عن النبي ص انه قضى في هوائر النخل ان تكون النخلة والنخلتان للرجل في
حائط الآخر فيختلفون في حقوق ذلك فقضى ص فيها بان لكل نخلة من
اولئك من الارض مبلغ جريدة من جرائدها حين بعدها الى غير ذلك
من النصوص التي قد يستفاد منها ان ذلك حريمها شرعاً ولا فرق
في ذلك بينها وبين باقي الاشجار ولا بين السعف والعروق بل قد يدعى
الاجماع على عدمه فلاحظ وتامل والله اعلم تنبيه لو اعد الارض للغرس
وهيأها لذلك او غرس جملة منها فقد قيل بان في ثبوت الحريم للغرس الذي
بعد لم يغرس وجهين اولهما لا تخلو من قوة كما قيل ولعله عدم صدق
الاحياء عرفاً على هذه الارض فيكون لها حريم بمقدار السعف ونحوه
على تقدير غرسه ولكن للبحث في ذلك مجال بل الانسب المستظهر لان
البحث انما هو في حريم المحيي لا في تحقق الاحياء وعدمه وح فلا مخرج عن
الاصل وعمومات الاحياء كما هو ظاهر المتن وغيره فلاحظ وتامل والله اعلم
تنبيه آخر قال الصدوق ورد ان حريم المسجد اربعون ذراعاً من كل
ناحية وان حريم المؤمن في القيظ قدر باع وروي عظم ذراع
والظاهر ان ذلك محمول على الندب لا على الوجوب كما يرشد اليه عدم تعرض
الاصحاب لذلك وان كان قد يتوهم من بعض العبارات ولكن
في شموله لتحديد حريم المؤمن لمثل الجماعات في المساجد والحضرات ونحوها
تامل ولعل الاقرب عدمه كما قد يستفاد مما ورد في نظم صفوف الجماعة
وانه لا ينبغي ان يكون بين المصلين فرجة فلاحظ وتامل والله اعلم قال ره
الشرط الثالث ان لا يسميه الشارع مشعراً للعبادة

٢ ذلك

كعرفة ومنى والمشعر لان الشرع دل على اختصاصها
موطنا للعبادة فالتعرض لتملكها تفويت
لتلك المصلحة اما لو عمر فيها ما لا يضر
ولا يؤدي الى ضيقها عما يحتاج اليه
المتعبدون كاليسير لم امنع منه اقول اما الاول
فلا خلاف فيه ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه وهو المخصص
لعمومات الاحيا اذ لان ذلك احياؤها شرعا فان تعرف
المتعبدين فيها كالحيازة لها فلا تندرج في الموات المعطل
كي يتحقق احياؤه ولان ذلك من القطعيات والضروريات التي
لا مساغ لانكارها اما الثاني ففي المسالك ان المشهور بين
الاصحاب انه لا فرق في المنع من احياء ذلك بين القليل و
الكثير ولا بين ما يحتاج اليه الناسك وغيره لاشتراك جميع اجزاء
المواقف المذكورة في تعلق الحق الموقوف فيها فكانت في
ذلك كالمسجد الذي لا فرق في الاحياء وان اتسعت وزادت على
واستثنى المصنف من ذلك اليسير الذي لا يؤدي الى الضيق على ~~الحاجة~~
الناسكين ولا يحتاج اليه غالبا لعدم الاضرار ولا تفوت معه المصلحة
المطلوبة منها ولا هو ملك لاحد ولا موقوف وبهذا يحصل الفرق
بينها وبين المسجد وغيره من الاراضي الموقوفة على مصالح خاصة ولا

يبعد

المتعبدين خ

يبعد ذلك وان كان الاشهر هنا المنع مطلقا ونحوه في الكفاية وفي المسالك
ايضا وعلى ما اختاره المصنف فيبقى حق الوقوف فيما يملكه المحيا وجه
ثالثها الفرق بين ان يضيق الموقوف عن الناسكين فيمنع منه وبين ان
لا يضيق عنهم فلا يمنع فيه والحكم بالملك بابه القول بالجواز الا ان
يجعله مراعى بعدم الاضرار فيتجه التفصيل ولكن قد يورد عليه بان جعل
الله تعالى لها منسكا ومشعرا اعظم من اجراء صيغة الوقف بها كالمسجد
الحرام ومسجد النبي صلى الله عليه وآله وبيت المقدس ومسجد الكوفة ونحوها من مراقد الانبياء عليهم السلام
والائمة عليهم السلام والبيوت التي اذن الله تعالى ان ترفع ويذكر فيها اسمه تعالى
فالتعرض لتملكها حينئذ مناف للجعل المزبور بل فيه تفويت لتلك المصلحة
مع ان فتح هذا الباب فيها يؤدي الى اخراجها عن وضعها كما قيل
وقد يقال بان المتجه جواز تعميرها بما لا يضر بالغرض المقصود لها من دون
تملك لذلك اصلا خصوصا في الزمان الذي لا يتعبد احد فيه في تلك
المشاعر اصلا للاصل وفحوى جواز الانتفاع بذلك في المساجد ونحوها و
قد يحمل استثناء المصنف وغيره على مثل ذلك لا على ارادة التملك الذي معه
فيسقط التفريع المزبور والامر سهل والله اعلم قال رحمه الله الرابع ان
لا يكون مما اقطعه امام الاصل عليه السلام ولو كان مواتا
خاليا من تحجير كما اقطع النبي صلى الله عليه وآله الدور وارضا بحضرموت
وحضر فرس الزبير فانه يفيد اختصاصا مانعا
من المزاحمة فلا يصح رفع هذا الاختصاص بالاحيا
اقول لا خلاف في ذلك ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه وبه يخص عمومات

احياء الموات مع تسليم شمولها لنحو ذلك وفي التذكرة ان فائدة الاقطاع
نصير المقطع احق باحيائه كالمحجر وظاهرها عدم افادته للملك اصلا ولعل
ذلك ظاهر نحو المتن ايضا ولكن قد فسره بعضهم بانه اعطاء النبي ص
او الامام ع قطعة من الارض وغيرها ويكون تمليكا وغير تمليك فهو
كذلك لانه ماله ص فله ان يتصرف فيه كيف شاء مع انه ع اولى بالمؤمنين
من انفسهم فله ع ان يقطع من الموات وارض الخراج ايضا ولا اشكال
في ذلك وانما الاشكال في انه لو لم يحيه المقطع وتركه مواتا فهل يرتفع
ملكه عنه او اختصاصه به اولا ومقتضى الاستصحاب هو الثاني مطلقا
فليس لاحد الاعتراض عليه وما عن الخليفة الثاني من انه قال لبعض
من اقطعهم النبي ص بعض الارض ما اقطعت ذلك لتحجبه فاخذه منه
واقطعه الناس لعله كاخذه لفدك ونحوها ولكن قد يقال بان
المستفاد من كثير من النصوص والفتاوى هو الاول وان الله تعالى لا يرضى
بتعطيل الارض كما في الارض المحياة اذا عطلت او الارض المحجر عليها
اذا عطلت ونحو ذلك وح فللغير عمارتها وتملكها بالاحياء كما قيل وقد
يقال بان له ذلك باجرة لصاحبها كما قد يستفاد من بعض النصوص
ان تم جمعا بين حق الاول والثاني كما قيل وقد يفرق بين الملك
فلا يزول لان مقتضاه الدوام الا بمزيل شرعي كما في سائر اسبابه
وبين الاختصاص فيمكن زواله لانه قد يتبع على وجوه منها الدوام و
الاستصحاب ليس بحجة عند الشك في كيفية اقتضاء المقتضي كما هو محرر
في محله فلا معارض ح لعمومات الاحياء اللهم الا ان يقال بانها مخصصة
بان لا يكون المحيا ما اقطعه الامام ع لمعين في الجملة فيكون على نحو المخصص
بالمجمل

بالمجمل وح فلا مخرج عن اصالة عدم جواز الاحياء فلاحظ وتامل
والله اعلم قال الخامس ان لا يسبق اليه سابق
بالتحجير فان التحجير يفيد اولوية لا ملكا للرقبة
وان ملك به التصرف حتى لو تهجم عليه من
يروم الاحياء كان له منعه ولو قاهره
فاحياها لم يملك اقول لا نعرف خلافا في شيء من ذلك
كما هو ظاهر كثير منهم بل ظاهرهم الاجماع عليه بل عليه الاجماع
في كلام جماعة كالمسالك وغيرها كما قيل وقد يستدل عليه
بعموم قوله ص من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو له او فهو
احق به مع اعتضاده بطريقة العقلاء لصدقه عرفا على ذلك وبما ذكره
الفاضل وغيره من انه اذا افاد الاحياء ملكا فلا بد من ان
يفيد التحجير الذي هو الشروع فيه الاحقية كالاستيام مع الشراء
وليس من حيث يقصد الاحياء بالشروع في العمارة وقد يستدل عليه ايضا
بعموم الحيازة لصدقها عرفا على ذلك ايضا كما قيل وضعف الكل كما لا يخفى
على ذوي البصائر وقد يستدل عليه ايضا باصالة عدم شرعية الاحياء في امثال
ذلك ولو للشك في شمول عموماته لذلك ومن جهة اعراض المشهور او الجميع
عنها وعمومها مع مفهوم قوله من احيا ارضا ميتة في غير حق مسلم فهي له كما قيل

وتصدق اليد عليها بمجرد ذلك فلا يقضي احيائها كما قيل وتبحوث باذل
على الاولوية في السبق الى مكان من المسجد او السوق او نحوهما
كما قيل قريبا في حوان ذلك من اثاره الفتن والنزاع وسفك
الدماء وهتك الاعراض ونهب الاموال ونحو ذلك فالمناسب
شرعا عدم شرعيته حسما لتلك المفاسد كما قيل والعمدة انما هو
الاجماع المنقول الممكن تحصيله كما اعترف به بعضهم ولكن في الجامع
انه يصح اقطاع الموات من الامام ع وهو كالتحجير وهو ان يشرع
في الاحياء كحط الدار وليس لاحد ان يدخل عليه وان مات
فوارثه احق بها فان احياها غيره اساء وملك وقيل لا يملك
وظاهره ان الاولوية هنا انما تفيد اثم الغير في الاحياء فقط ولكنه
قد قيل بانه لا يقدح في تحصيل الاجماع على خلافه وعلى انها تفيد عدم
تملك الغير باحيائه وان احياءه لغو على نحو احياء باقي المملوكات كما
هو صريح المتن وغيره بل في المفاتيح ان التحجير يفيد الاولوية مطلقا
اجماعا وان لم يفد الملكية الا فيما يسمى في العرف احياء وهو ان يشرع
فيه او يعلم علامة من نصب احجار او غرس خشبات او جمع تراب
او خط خطوط او نحو ذلك ومنه ان يحفر النهر ولم يصل الى منزع الماء
وان يعمل في المعادن الباطنة عملا لا يبلغ نيلها اما بلوغه فهو احياء
وهو كما ترى ليس صريحا بل ولا ظاهرا في دعوى الاجماع على عدم الملكية
بل ان لم يكن ظاهرا في عدمها فلاحظ وتامل والله اعلم قال ره

فالتحجير هو ان ينصب عليها المروز او يحوطها

بحائط

بحائط اقول قد اختلفوا في حقيقة التحجير على وجوه او اقوال منها انه هو
الشروع في الاحياء والدخول فيه قبل تحقق اسمه عرفا مع بقاء صدق
الموات على الارض المحجرة كالمثالين المزبورين ونحوهما كحفر الاساس فيه
وادارة التراب حول الارض وادارة الحجارة والقصب ونحوه
ومنها انه نفس الامثلة المزبورة وان لم تكن شروعا فيه اصلا كخط
الخطوط ونصب بعض القصب ونحوه ومنها انه فعل بعض الافعال
التي لا تعد دخولا وشروعا في الاحياء وانما تعد امارة على ارادة
الشروع فيه فقط ومنها انه من افراد الاحياء الا انه عند ذلك الان
الجميع لا يرجع الى حاصل معتبر بعد ان لم يكن هذا اللفظ موجودا في
كتاب او سنة مع عدم وضوح المراد من معقد الاجماع المنقول في عباراتهم
فينبغي الاقتصار على ما علم كونه تحجيرا عند الجميع في ترتب حكم التحجير عليه من
الاولوية ونحوها ودعوى صدق السبق الى الارض عرفا على جميع
ما ذكروه من الامثلة حتى الخط فيها مثلا فتثبت به الاولوية التي هي معنى
التحجير فيكون ان مثل وبين بالنسبة الى ذلك فيتجه به عموم الاصل
واضحة المنع اذ المتيقن من السبق المزبور انما هو ما يرجع الى حيازة
المباحات فقط فلا يشمل مثل ذلك والمراد فقد يشتمل الكتابة هذا
وعن المبسوط ان التحجير ان يؤثر اثرا لم يبلغ به حد الاحياء مثل ان ينصب
فيها المروز او يحوط عليها حائطا وما اشبه ذلك من اثار الاحياء الا غير

[illegible]

ذلك من عبارات العامة وانى له والامر سهل والله اعلم تنبيه الظاهر
عدم صحة بيع الحق المزبور بل ولا هبته لانها كالبيع انما تتعلق بالاعيان
دون الحقوق ويجوز الصلح عليه لانه اعم منهما كما نص عليه كثير منهم من غير
خلاف فيه يعرف لعموم ادلته ولكن في القواعد انه لا يصح بيعه على اشكال
وفي جامع المقاصد ان منشأه من حيث انه حق يقابل بمال فيجوز المعاوضة
عليه فيجوز بيعه وان اثار التصرف في ارض الخراج يجوز بيعها ومن ان البيع
يقتضي الملك ولا ملك هنا والاصح عدم الصحة بل لا ينبغي الاشكال فيه كما عن
الجامع والتحرير والايضاح والحواشي والروضة وكثير من العبارات
واحتمال الصحة كما عن التذكرة وغيرها محله نحوها في جامع المقاصد من الجزم
بصحة نقله بالهبة كالصلح هذا ولا بأس بالصلوة في الارض المزبورة
بغير اذن المحجر كما عن صريح الحواشي وغيره للاصل والعمومات الشرعية
للصلوة فيما كان غير مملوك بل قد يقال بجوازه على تقدير الملك ايضا
كما سبق في كتاب الصلوة فلاحظ وتأمل والله اعلم قال رحمه الله ولو
اقتصر على التحجير واهمل العمارة اجبره الامام عليه السلام
على احد الامرين اما الاحياء واما التخلية
بينها وبين غيره ولو امتنع اخرجه السلطان
من يده لئلا يعطلها ولو بادر اليها من
احياها لم يصح ما لم يرفع السلطان يده او ياذن في الاحياء
اقول

اشكل ص

اقول لا ريب في ان الاولوية المستفادة من التحجير انما هي من جهة مراعاة
حقه في احياء الارض بحيث لا يزاحمه غيره في احيائها ولا حق له في
نفس الارض وح فاذا لم يحيها مع قابليتها للاحياء فعلا فقد انتهى
حقه منها ولم يثبت له حق فيها وح فللغير احياؤها باذن الامام عليه السلام
عموما او خصوصا كما لو لم يكن محجرة اصلا وكان ذلك هو مراد الجماعة
القائلين بنحو المتن ولكن في المسالك وغيرها انه ينبغي في التحجير الاقتصار
على قدر كفايته لئلا يضيق على الناس بتحجيره ما لا يمكنه القيام بعمارته
وان يشتغل بالعمارة عقيب التحجير فان طالت المدة ولم يحيها امره
الامام عليه السلام او القائم مقامه باحد الامرين اما الاعمارة او رفع يده
ليتصرف غيره فيها فان عمارتها منفعة للاسلام فان ذكر عذرا
في التاخير كاصلاح آلته او غيبة العمال او ابان في العبد ونحو ذلك امهله
بقدر ما يزول معه العذر وان لم يذكر عذرا الزمه باحد الامرين ولو
امهله مدة قليلة يستعد فيها للعمارة بحسب ما يراه ولا مقدر لها بل
بقدرها فاذا مضت مدة الامهال ولم يشتغل بالعمارة رفع الامام عليه السلام
يده او اذن للناس في عمارتها وليس لاحد ان يستقل باحيائها قبل
احد الامرين استحقه بالحرمة البالية تبعه فلو احياها احد قبل ذلك
لم يملكها لانه قد احيا ما هو باق في حق غيره كما لو احياها قبل طلب الامام عليه السلام
لاحد الامرين ولبعض العامة هنا قول بالملك لبطلان حق التحجير بالامتناع
من احد الامرين وان كان غيره ممنوعا كما اذا دخل في سوم اخيه وشرى
ولا يخلو من نظر لمنع حجية مثل هذا الاستصحاب مع عدم اطلاق يفيد الحقية
المطلقة كي يتمسك به هنا كما هو واضح كوضوح عدم الثمرة في البحث عما

وفيه ان المتن وغيره ظاهر في ان مجرد الاهمال بل صريح لا يدل على سقوط حقه بل هو موقوف على الالزام المذكور وعلى نهاية الاجارة الاستدامة طلبه من ان احياء هذه الارض المحجرة من اول الامر كان مستحبا اذا لم يهمل التحجير والا كان نفس الاهمال مسقطا لحقه ولا يتوقف على الزام الامام عليه السلام على احد الامرين ليس ببعيد في العمدة في المقام ان يوجب سقوط حقه بل هو

ثم انه ادا الالزام الاهمال بوجه

يتعلق بالامام ع عندنا واما الحاكم الشرعي القائم مقامه ففي ثبوت
ولاية نحوه يشمل مثل ذلك من التصرف في الانفال على الوجه المزبور
تأمل ولو سلم كما هو صريح المسالك ففي كون تقدير مدة الاهمال
بنظره ايضا تأمل خصوصا بعد ورود تقدير مدة التعطيل الموجب
لرفع يده عنها عنهم ع بمدة معلومة كما في خبر يونس عن العبد
الصالح ع من ان الارض لله تعالى جعلها وقفا على عباده فمن عطل
ارضا ثلث سنين متوالية لغير سبب او علة اخذت من يده ودفعت
الى غيره ومن ترك مطالبته حق له عشر سنين فلا حق له وقد يحمل
كون مدة الاهمال معتبرة شرعا ايضا الا انا لم نعثر له على شيء
مع بطلان القياس عندنا ومع عدم العمل بالاصل وقرب حمله على
التقية والامر سهل والله اعلم ولا فرق في عدم ثبوت الاولوية بعد
مضي مدة الاهمال بين بقاء نفس الاثار في الارض وبين عدمه ولا
بين كون الاثار مملوكة له وتقابل بمال وعدمه وبين عدمه ولا
بين زوالها بنفسه او بازالة المحجر او غيره ولو ظلما الى غير ذلك
لاتحاد المناط في جميع ذلك ولكن قد يفرق بين بقائها فتبقى حق
التحجير وبين زوالها فيزول ايضا او نحو ذلك من التفصيلات التي لا ترجع
الى حاصل معتبر بحيث يطابق اصولنا الشرعية كما لا يخفى على الناظر فيها
وفي كلماتهم ولا يجب على الثاني دفع عوض حق التحجير الى المحجر للاصل
وغيره فلاحظ وتامل والله اعلم قال ره وللنبي ص ان يحمي
لنفسه ولغيره من المصالح كالحمى لنعم الصدقة
وكذا عندنا للامام الاصل وليس لغيرهما من

المسلمين

المسلمين ان يحمي فلو احياها محيي لم يملكه ما دام
الحمى مستمرا وما حماه النبي ص او الامام ع لمصلحة
فزالت جاز نقضه وقيل ما يحميه النبي ص
خاصة لا يجوز نقضه لان حماه ص كالنص
اقول اما الاول فلا خلاف فيه بين لانه ص اولى بالمؤمنين من انفسهم ؛ المسلمين
ولكن في المسالك انه ص لم يفعل ذلك وان كان ذلك جائزا له
تعففا منه ص عن ذلك وانما وقع منه ص لمصالح المسلمين كما في الخبر
الوارد عن ابي الحسن ع عن بيع الكلاء والمرعى فقال ع قد حمى رسول الله ص
النقيع لخيل المسلمين او لابل الصدقة ولنعم الجزية ونحو ذلك كما قيل
واما الثاني فلا ريب فيه لانه ع معصوم عن الزلل وقائم مقامه ص
وليس ذلك من خواصه ص كي يمنع ع من ذلك وقوله ص انه لا حمى الا لله
ولرسوله ص لم يثبت عندنا كما قيل ولو سلم فالامام ع بمنزلته ص
وفي اخر زيادة ولائمة المسلمين ولا ثمرة مهمة لنا في البحث
عن ذلك عندنا كما هو واضح واما الثالث فلا خلاف فيه بل
الاجماع بقسميه عليه للاصل ولما فيه من الضرر على الناس ولا فرق
في ذلك بين الحاكم الشرعي وغيره واحتمال شمول دليل النيابة لمثل
ذلك كالمقطوع بعدمه وكذا ثبوته لحاكم الجور وان كانت التقية
ثابتة في الاحكام الشرعية لا في امثال ذلك من المظالم والامور المتفق
عليها عند الجميع كما هو واضح كوضوح انه ص قد نهى عن افعال الجاهلية
التي كان منها ثبوت الحمى لاعزائهم واجلائهم وما وقع من بعض الخلفاء

من الحمى مما لا عبرة به عندنا ل وعند غيرنا ايضا لنهيهم عليهم السلام ان ذلك من خواصه
نعم لو كان المرعى نابتا في ارض مملوكة حقيقة او حكما فلا باس بحماه
لمالكها لانه مملوك له تبعا للارض كما قيل او للنصوص الدالة عليه وانه
اذا كانت الارض ارضه فلا باس بحماه او ببيع المرعى الذي في ارضه
او نحو ذلك قال يونس قال بعض اصحابنا قال قلت لابي عبد الله ع
الرجل المسلم تكون له الضيعة فيها جبل مما يباع يأتيه اخوه المسلم
وله غنم قد احتاج الى جبل ايحل له ان يبيعه الجبل كما يبيعه من غيره او يمنعه
من الجبل ان طلبه بغير ثمن وكيف حاله فيه وما يأخذه فقال ع لا يجوز
له ان يبيع جبله من اخيه المسلم لان الجبل ليس جبله انما يجوز له البيع
من غير المسلم وقال ادريس بن زيد قلت لابي الحسن ع ان لنا ضياعا
ولها حدود وفيها مراعي وللرجل منا غنم وابل ويحتاج الى تلك
المراعي لابله وغنمه ايحل له ان يحمي المراعي لحاجته اليها فقال ع اذا
كانت الارض ارضه فله ان يحمي ويصير ذلك الى ما يحتاج اليه فقلت له ع
الرجل يبيع المراعي فقال ع اذا كانت الارض ارضه فلا باس وفي الوافي
عن الفقيه ان لي الدولاب مكان ولها حدود وانما خص جواز الحمى بارضه
المختصة به لنهي النبي ص عن الحمى فيما سوى ذلك وكانت من عادة الجاهلية
ان يحمي موضع الكلا من الناس فلا يرعى ولا يقرب فنفاه النبي ص وقال ص
لا حمى الا لله ولرسوله ص ان الا ما يحمى لخيل الجهاد قيل كان الشريف في
الجاهلية اذا نزل ارضا استعوى كلبا فحمى مدى عواء الكلب لا يشركه
فيه غيره وهو يشارك في سائر ما يرعون فيه فنهى النبي ص عن ذلك

وافاك

واما في ص الحمى الى الله تعالى ورسوله ص الا ما يحمى للخيل التي ترصد للجهاد
والابل التي يحمل عليها في سبيل الله تعالى وابل الزكوة وغيرها الى غير
ذلك من النصوص الى بقية وغيرها فلاحظ وتامل هذا والله اعلم
واما الرابع فلا خلاف فيه ولا اشكال ما دام الحمى مستمرا اذ لو ارتفع
المنع من الحمى من جاز الاحياء وترتب عليه الملك او الاختصاص
من غير فرق بين المصلحة وعدمها لان المفروض زوال المنع من الحاكم
والا لم يملك قطعا بل اجماعا فتدبر جيدا والله اعلم واما الخامس
فقد اختلفوا فيه فقال البعض كما انه مع زوال المصلحة يجوز احياؤه
اتفاقا في حمى الامام ع وفي حمى النبي ص وجهان احدهما انه كذلك
للاشتراك في المقتضي والاخر المنع مطلقا لان حماه انما كان
لمصلحة مقطوعة فكان كالنص لا يجوز تغييره وهذا عند اصحابنا
لا يوجب الفرق لان الامام ع عندهم لا يحمي بالاجتهاد وكلاهما
يكونان نصا وعلى الاظهر من جواز نقضه هل ينتقض بزوال المصلحة
التي جعل لاجلها ام يتوقف على حكم الحاكم فيه وجهان من تعينه لتلك
الجهة كالمسجد والمقبرة فلا يتغير ومن مشروعيته لمصلحة وعلة خاصة
فاذا زالت العلة زال المعلول والملك قد زال في المسجد ونحوه بخلاف
الحمى فلا وجه لقياس احدهما على الاخر خصوصا بعد ظهور الفرق بينهما
وعن المبسوط والخلاف ان ما حماه رسول الله ص لا يجوز للامام ع القائم مقامه
نقضه وحله لان فعله حجة يجب اتباعه فيه وما فعله الامام القائم مقامه

لا يجوز لأحد تغييره وان غيره هو ع او من بعده من الائمة ع او اذن
احد منهم ع لغيره في احياء ميت فاحياه فانه يملكه الى غير ذلك من
عباراتهم التي لا تخلو من نظر فتدبر ولا ثمرة لنا في البحث عما تفعله
الامام ع من تغيير الحمى مطلقا او كون الثاني اصلح من الاول نعم
لو ثبت ان نائبه العام له ذلك ايضا امكن حصول الثمرة في
هذه الازمان كما هو واضح والله اعلم قال ره الطرف الثاني
في كيفية الاحياء والمرجع فيه الى العرف لعدم
التنصيص شرعا ولغة وقد عرف انه اذا
سكنى ارض فاحاط ولو بخشب او قصب
او سقف مما يمكن سكناه سمي احياء
كذا لو قصد الحظيرة فاقتصر على الحائط من
دون السقف وليس تعليق الباب شرطا
اقول لا ريب في ان المرجع فيه الى العرف العام بعد عدم ثبوت
الحقيقة الشرعية ولا المراد الشرعي منه وليس له في اللغة معنى مغاير
للعرف العام كي يتردد بينهما كما في بعض الموارد وقوله ص من
احاط حائطا على ارض فهي له لا دلالة فيه على ارادة معنى خاص
من الاحياء بل اقصاه الدلالة على ان ذلك من افراده العرفية
كما هو واضح كوضوح ان احياء كل شيء بحسبه عرفا فمن احيا الارض
دارا اعتبر فيه السقف في الجملة قطعا لعدم صدق الدار بدونه
لا لغة ولا عرفا ولكن قد يقال بصدق الاحياء بدونه عرفا
لاخراجها

لاخراجها عن التعطيل عرفا فيملكها بذلك وان لم يصدق كونها دارا
ومقصوده لذلك غير قاض بتوقف الملك عليه بل هو معلق على مجرد
صدق الاحياء عليه وانكار صدقه عليه بدون السقف فيه شبه المكابرة
وان لم يصدق الدار عليه عرفا ولا يعتبر في صدقها نصب الباب لا لغة ولا
عرفا فانها انما تنصب للحفظ لا لتوقف صدق الدار عليها عرفا كما زعمه
بعض من جعل الله تعالى الرشد في خلافه تمسكا بان العادة في الدور ان
تكون لها ابواب وضعفه ظاهر والله اعلم ومن احياها حظيرة لم يعتبر فيه
السقف اصلا لصدقها بدونه عرفا ولا بأس بان تحيا دارا بعد ذلك
ولا مدخلية لقصد الخصوصية في صدق الاحياء عرفا وان سلمنا ان
القصد شرط في صدقه كما يشهد عليه الوجدان فتامل جيدا والله اعلم
قال ره ولو قصد الزراعة كفى في تملكها التحجير
او مسناة وسوق الماء اليها بساقية او
ما شابههما ولا يشترط حراثتها ولا غراسها
ولا زراعتها لان ذلك انتفاع كالسكنى
ولو غرس ارضا فنبت فيها الغرس وساق
اليها الماء تحقق الاحياء وكذا لو كانت مستأجمة
فعضد شجرها او اصلحها وكذا لو قطع عنها المياه
الغالبة وهيأها للعمارة فان العادة قاضية بتسمية
ذلك كله احياء لانه اخرجها بذلك الى

الانتفاع الذي هو ضد الموات ومن فقهائنا
الآن من يسمى التحجير احياء وهو بعيد
اقول اما الاول فيعتبر في احيائه جمع التراب في حواليه لينفصل
المحيى عن غيره ويسمى بالمرز بكسر الميم او تمييزه بمسناة بفتح الميم
وهي مثل المرز وربما كان ازيد منه ترابا ومثله نصب القصب
والشوك حوله وقد يجعل احد هذه المسناة ويخص
التراب بالمرز وجعل الحجر حوله كجعل التراب وفي المسالك انه
اكتفى المصنف في الاحياء للزرع بذلك او سوق الماء او الباب فيه ونحوها
ان احتاجت الى السقي ولم تكتف بماء السماء والا فلا حاجة اليه و
بعضهم اعتبر فيه الامرين وهو حسن وفيه مع ان هذا القول هو الموجود
فيما حضرني من نسخ المتن انه لا حسن فيه اذ لا دخل للتحجير في صدق الاحياء
وانما المؤثر في صدقه عرفا مجرد اجراء الماء اليها فعلا او قوة والمرز
ونحوه انما هو لتمييز قدر المحيى عن غيره في نظره لا لتوقف صدق الاحياء
الا عرفا عليه وانكاره قد يشبه المكابرة نعم قد يحتاج اليه لتسوية الارض
بطم الحفر التي فيها وازالة الارتفاع من المرتفع وحراثتها وتليين
ترابها فان لم يتيسر ذلك الا بما يساق اليها فلا بد منه لتهيئتها الارض ص
للزراعة الا ان المانع له مستظهر وان كان تمامية الانتفاع بالزراعة
متوقفة على ذلك عادة وقد يقال بان مراد المصنف وغيره انما
هو كون سوق الماء هو الجزء الاخير من العلة فلا بد من حصول باقي
الاجزاء قبله كما هو واضح بادنى التفات لمن تأمل جيدا والله اعلم واما الثاني

فيعتبر

فيعتبر في الغرس ونباته وسوق الماء اليه كما هو ظاهر المتن ونحوه ولكن
في اعتبار النبات في صدق الاحياء عرفا تامل بل وكذا في اعتبار الغرس
فيه وان توقف صدق اسم البستان عليه عرفا الا انه غير قاض بتوقف
الملك عرفا لانه معلق على الاحياء الصادق بسوق الماء اليها المخرج لها عن
التعطيل عرفا ولغة وفي المسالك وغيرها انه قد اختلفت عبارات الفقهاء
فيما يتحقق به الاحياء لهذه المنفعة والمصنف اعتبر فيها احد امور ثلاثة
بالفعل مع ثبات الغرس وسوق الماء اليها واما عضد شجرها واصلاحها بازالة
الاصول وتسوية الارض ان كانت مستاجمة او بقطع المياه الغالبة
وتهيئتها للعمارة فظاهره ان كل واحد من هذه الثلاثة كاف في الاحياء
محتج بدلالة العرف واما اعتبار غرس الاشجار ونباتها لان اسم البستان
لا يقع على الارض المهيأة له قبل الغرس بخلاف المزرعة فانها تقع على الارض
قبل الزراعة ولان الغرس يدوم فالحق ببناء الدار والزرع بخلافه
ويشكل بان قصد الغرس اعم من جعله بستانا ولا يلزم من توقف اسم
البستان على الشجر توقف غيره عليه والاقوى عدم اشتراط الغرس مطلقا
وعدم الاكتفاء بكل واحد من الثلاثة على انفراده على تقدير الحاجة اليها
اجمع بان كانت الارض مستاجمة والماء غالبا عليها بل لا بد من الجمع بين
قطع الشجر ودفع الماء وان وجد احدهما خاصة اكتفى بزواله وان خلت
عنهما واحتاجت الى الماء فلا بد من تهيئته للسقي كما ذكرناه في الزرع ولو
خلت عن الجميع بان كانت غير محتاجة الى السقي ولا مستاجمة ولا مشغولة بالماء

اعتبر في احيائها التحجير عليها بحائط ونحوه وفي الاكتفاء بغرس مع ثبات الغرس وجه
وفي كلام الفقهاء اختلاف كثير في اعتبار ما يعتبر في ذلك والمحصل ما ذكرناه
انتهى وفيه مع ان عبارة المتن ظاهرة في ان قطع الشجر او المياه سبب
مستقل في الاحياء للزراعة او الغرس او غيرهما كالتحجير لها دارا او
حظيرة او نحوهما ومع توجه المنع الى بعض ما فيها ان الاولى في الجمع بين
كلماتهم ان يكون الاحياء هو الجزء الاخير من العلة التامة القابلية
الانتفاع في الارض في الجملة وما قبله من الاجزاء انما هو من افراد التحجير و
المعدات للاحياء لا انه من افراد الاحياء حقيقة وباب المجاز واسع
وما لم يمكن ارجاعه الى ذلك من عبارات الاصحاب في غيرهم فالمتجه انكاره على
قائله ورده بمخالفة العرف واللغة ولعل من ذلك القول الذي نسبه المصنف
الى بعض اهل عصره وهو شيخه نجيب الدين ابن نما ره كما ذكره كثير منهم من ان
التحجير احياء مفيد للملك لما عن بعض ان فيه لخروجه بالشروع في احيائه
عن حد الموات ومن ثم افاد به حق في الجملة اجماعا والاحياء غير منضبط
شرعا ولا عرفا كما في المنع والسقوط وان اراد ان بعض ما يسمى
تحجيرا عند بعضهم كالحائط الى نحو ما على الارض ونحوه هو احياء عرفا فهو جيد
جدا وليس بعيدا اصلا لانه قد خرجت بذلك عن الموات الى الانتفاع
به في الجملة وفي المسالك انه قد وافق الجماعة على ان الارض اذا كانت غير
مستأجمة ولا مشتملة على مانع ولا مفتقرة الى السقي بالماء المحتاجة يكفي
تمييز المحجر من غيره بتراب ونحوه في تحقق الاحياء وهذا منه اضعاف افراد
التحجير ولعل ذلك هو مراد ابن نما ره كما حمله الشهيد عليه في الدروس وغيره
ولكن

ولكن قد يقال بان مثل هذه الارض حية وليست بميتة والتراب
المزبور ونحوه انما هو لتمييز ما يريد زرعه مثلا عن غيره لا الاحياء الموات
لوضوح انه لا دخل له فيه لا لغة ولا عرفا وانكاره قد يشبه المكابرة
وتطويل الكلام هنا بنقل عباراتهم مما لا ثمرة فيه بعد معرفة كون
المرجع انما هو العرف المحكم في امثال ذلك هنا وفي غيره وعليه انه لو نشأ
منزلا فنصب فيه خيمة او بيت شعر لم يكن احياء ولكن يصير اولى به الى
ان يرحل عنه وكذا ما حواليه مما يحتاج اليه للارتفاق ولا يزاحم في الوادي
الذي شرع فيه بماشيته الا ان يفصل عنه واذا ارتحل بطل الاختصاص
وان بقيت آثار الخيم والف طيط الى غير ذلك من كلماتهم التي لا تخلو
بعضها من نظر فتدبر والله اعلم تذنيب ظاهر المشهور ان التحجير يفيد الاولوية
وان الاحياء يفيد ملكا للرقبة ولكن عن ط في المبسوط وكثير من العبارات
ما يخالف ذلك فمنها انهما معا يفيدان الاولوية ومنها انهما معا يفيدان
الملك وربما يحمل كلام ابن نما ره على الاول او على الثاني الا ان الامر
سهل بعد وضوح الحال وبعد عدم العثور على عبارته كي يستظهر منها احد
الوجهين فتدبر جيدا والله اعلم قال ره الطرف الثالث في المنافع
المشتركة وهي الطرق والمساجد والوقوف المطلقة
كالمدارس والمساكن اما الطرق ففائدتها
الاستطراق والناس فيها شرع فلا يجوز
الانتفاع فيها بغير الاستطراق الا ما لا يفوت به منفعة

في بيان حكم الجلوس لاجل الراحة

الاستطراق كالجلوس لغرض المارّة واذا قام
بطل حقه ولو عاد بعد ان سبق الى مجلسه
لم يكن له الدفع اما لو قام قبل استيفاء غرضه
لحاجة ينوي معها العود فقيل كان احق بمكانه
اقول لا ريب في اشتراك منافع هذه الارض واما اعيانها ففي
كونها مملوكة للمنتفعين بها او انها باقية على حكم الموات التي هي لله
ولرسوله ص وللامام ع وجوه والاصول تقتضي الثاني في غالب الطرق
العامة المخرج عنها والحاق بالارض المفتوحة عنوة التي هي ملك
لكافة المسلمين في غير محله واما في الوقوف التي هي على حسب ما يقفها
اهلها فمقتضى الاصول بقاؤها على ملك الواقف الا ان يكون الوقف
اخراجا للموقوف عن الملك على نحو العتق كغير المملوك اصلا فيكون
على حسب حاله قبل تملكه او يكون تمليكا للموقوف عليه كالمصلين
والمشتغلين والمرابطين ونحو ذلك كما سبق البحث فيه في كتاب
الوقف ومنه نحو الطرق العامة المستخرجة من الاملاك لاتحاد
المناط في الجميع كما هو واضح كوضوح كون فائدة الطرق الاستطراق

في كون الانتفاع بالطرق مختص بالاستطراق فقط ام لا

فيها لكافة الناس رجالا وركبانا ولدوابهم الحاملة لاثقالهم
وغيرها كما عليه عمل الناس في سائر الملل وسائر الاعصار والامصار
كما اعترف به كثير منهم فظاهر المتن ونحوه اختصاص فائدتها
بذلك وانه لا يجوز الانتفاع بها بغيره الا مع عدم مزاحمته له

كبعض

كبعض افراد الجلوس فيها في بعض الاحوال واما مع المزاحمة له فلا يجوز اصلا
ولكن قد يقال بان السيرة تقتضي جواز الانتفاع بالطرق ايضا له
كوضع التراب ووضع الاحمال ووقوف الدواب فضلا عن وقوف
الشخص نفسه لاغراض تتعلق له بذلك فيترجح عدم تسلط المتصرف
على المنع من ذلك لاشتراك الجميع في حق الانتفاع كما قيل ولكن في ثبوت
مثل هذه السيرة في صورة المزاحمة منع ظاهر بل لعلها على العكس ادل
وفي المفاتيح قيل بانه لا يجوز الانتفاع بالطرق بغير الاستطراق الا ما
لا يضر به كالوقوف والجلوس للاستراحة والمعاملة ونحوها اذا لم يتضيق
على المارة لانها وضعت لذلك ولا بأس بالتظليل بما لا يضر بالمارة
نظرا الى العادة والا لم يجز وقيل بالمنع من ذلك مطلقا والاول اشهر
فظاهرهم الاتفاق على عدم جواز ذلك مع المزاحمة ولا يلتفت الى
دعوى ان تقديم حق الاستطراق على باقي الانتفاعات عند التعارض
مما لا شاهد عليه بل لعل السيرة خصوصا في بعض الافراد تقتضي عكسه
كما قيل لان السيرة المعتبرة واضحة المنع ولا عبرة بعمل بعض العصاة
والمتغلبين كما هو واضح فتأمل جيدا والله اعلم واما بطلان حقه بمجرد عدم
ثبوته بمجرد قيامه وحصول غرضه مع عدم نية عوده اليه فلا نعرف فيه خلافا
بل ظاهرهم الاجماع عليه لاصالة عدمه ولانه لم يثبت له بالجلوس حق

الى قابل للبقاء بعد قيامه حتى يكون الاصل بقاءه ورخصة الجلوس
فيه لا تثبت ذلك ولا فرق في القيام منه بين كونه باختياره او قهرا
عليه بان اقامه منه غيره ظلما وعدوانا لاتحاد المناط فيهما وح فلو
سبق الى مكانه سابق لم يكن له دفعه عنه كما نص عليه كثير منهم مرسلين
له ارسال المسلمات والقطعيات ولا فرق في ذلك بين نية عوده
اليه وعدمها اذ مجرد النية لم يثبت كونها مفيدة للاحقية الموجبة
لمطالبته به ودفعه للمستولي على مكانه بعد قيامه عنه مع اصالة
عدم تاثيرها لذلك ولا المخرج عنها بل قد يدعى الاجماع على عدمه كما
جزم به بعضهم فتامل جيدا والله اعلم واما لو قام عنه قبل حصول الغرض
لحاجة مع نية عوده اليه فقد ارسل المصرة قولا بانه احق بمكانه
للاصل كما قيل ولكن المانع له مستظهر كما اعترف به بعض من تاخر وعن الفاضل
وغيره التصريح بعدم بقاء احقيته مط كما عن بعضهم او جماعة منهم او مع عدم
بقاء رحله فيه واما مع بقائه فيه ففي المبسوط وكثير من عبارات الفاضل
والشهيد وغيرهما بقاء احقيته بنحو ما ورد من ذلك في المسجد وعن التذكرة
انه احق به الى الليل لقول الصادق ع قال امير المؤمنين ع سوق المسلمين
كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو احق به الى الليل وضعف الكل ظاهر
بعد بطلان القياس خصوصا مع ظهور الفارق بينهما كما هو واضح ولذا
مع الاصل فقد انكر بعضهم بقاء حقه مط سواء استوفى غرضه اولا وسواء
كان له رحل اولا وسواء كان مع نية العود اولا وسواء كان الزمان
طويلا

طويلا اولا وسواء اذن الامام ع بذلك اولا لان حقيته اي الحق في الطريق
بالسبق ووضع الرحل ونحوهما ليست كحقية التحجير التي تنتقل بالصلح
والارث ونحوهما بل انما تنشأ بدعا من حرمة الظلم بدفعه عن مكانه بالتصرف
برحله الموضوع في مكان كان يجوز له وضعه فيه ولذا قال الفاضل
في التذكرة بانه لو دفع عن مكانه اثم وجاز له مكثه فيه وصار احق من
غيره به وح فلا يدخل في موضوع الغصب المصطلح ولا يترتب عليه ضمان
للاصل ولعدم كونه من الاموال او من الحقوق المالية وانما هو حقيقة
من الاحكام الشرعية التي قد يطلق الحق عليها مجازا ودعوى ان المتبادر
من الحق في كلامهم انما هو ارادة معنى زائد على الظلم فيكون كالتحجير ونحوه
يدفعها انه قد يمنع التبادر المزبور ولو سلم فلا عبرة به بعد خلو النصوص
عنه وبعد عدم كونه معقدا لاجماع معتبر ومجرد وجوده في بعض العبارات
غير مجد خصوصا مع قرب ارادة المعنى الاعم من الحق ولو مجازا كالشبهة
له معلومية عدم انتقاله عنه الى غيره بالصلح ونحوه على وجه يكون للمصالح
وان لم يجلس فيه ومعلومية عدم انتقاله بالارث وعدم الفتوى ببقاء
حقه لو انتقل عنه بنية العود اليه مع عدم استيفاء الغرض الذي هو
مقتضى الاصل لو كان من الحقوق المالية الزائدة على مجرد الظلم والمعصية
الا ان ذلك كله انما يقتضي بارادة المعنى العام من الحق في كلامهم لا المعنى الخاص
المقابل بالمال ونحوه بل قد يقتضي بذلك ايضا في حق المسجد والوقف

ونحوها مما ورد في النصوص ايضا بان يراد به فيها مجرد ازعاجه عنها لا انه
حق يقابل بالمال وينتقل الى الغير للاصل ولعدم انجبار تلك النصوص
على وجه يحصل الوثوق بارادة خصوص ذلك منها مع قصورها جميعا
عن درجة الحجية وبذلك يتضح ان وضع الرحل الذي قد مر عده
معه في المقام وفي المسجد والمشاهد ونحوها انما هو باعتبار معرفة التعرف
بنقل الرحل من الموضع الذي كان يجوز له وضعه فيه فهو من الاحتيال
للاختصاص بالمكان لا ان وضعه يثبت حقا لواضعه في المكان
الموضوع فيه على وجه يكون قابلا للانتقال عنه بصلح او غيره فانا لم
نجد في شيء من النصوص اشارة الى ذلك وح فلو اطارت الريح او
نقله ظالم له او غيره فالمكان باق على شركته الاصلية فللغير المكث
فيه والصلوة ونحوهما كما جزم به بعضهم ولا باس بذلك ولكن قد يقال
بان له ان يأخذ الاول الاختصاص بان يرفع نفسه او رحله عنه بطلب
نفسه لا بازعاجه عنه قهرا وان كان ذلك مع وقوعه منه السبق الغير
اليه مطلقا حتى الظالم بنفسه كما هو صريح بعض وظاهر آخر فتدبر وقد
يدعى ثبوت الحق للجالس ما صدق يده على المكان عرفا بوضع رحله
ونحوه فما دامت يده عرفا عليه كان له حق فيه وان خرج عنه خروجا
لا ينافي صدق يده عليه عرفا كما لو كان لقضاء بعض الحوائج مع نية عوده
فعلا او قوة ولا تكفي مجرد النية المزبورة في صدق كون المكان
في يده وتحت قبضته وتصرفه وان كانت كافية في ساكني المدارس

ونحوها

ونحوها ولذا لم يعتبر احد منهم وجود الرحل فيه في بقاء حقه في ذلك
المكان كما قيل وفيه اولا ان اليد العرفية لم يثبت كونها امارة
على ثبوت الحق القابل للانتقال الى غيره بصلح ونحوه ولا يلزم
من كونها امارة على الملك كونها امارة على الحق المزبور مع اصالة
عدمه الا انه عن المخرج عنها فتدبر والله اعلم وثانيا ان الحق في المدارس
ونحوها لم يثبت على الوجه المزبور وانما ثبت على وجه لا يزاحمه
الغير فيه فلو اراد نقله الى غيره لم يصح وان جاز دفع شيء اليه لاجل
رفع يده الحسية ولاجل طيب نفسه حتى لا يصح الجلوس فيه على نحو
سبق ولا يصح نقل ذلك الى غيره بصلح ونحوه وح فلا فرق بين
الطريق والموقوف وساير المشتركات من هذه الجهة وان امكن
الفرق بينها من جهات اخر كما سيظهر في المباحث الآتية انشاء الله
وبالنبي ص وآله ع ودعوى الاجماع على ثبوت الحق القابل للانتقال الى
الغير بصلح ونحوه في هذه الصورة فقط او مطلقا عهدتها على مدعيها
بعد قلة المتعرضين لذلك او ندرتهم او عدمهم اصلا [illegible] جدا
والله اعلم قال ره ف لو جلس للبيع والشراء فالوجه المنع
الا في المواضع المتسعة كالرحاب نظرا الى العادة
ولو كان كذلك فقام ورحله باق فهو احق
به ولو رفعه ناويا للعود فعاد قيل كان احق به

في حكم الجلوس للبيع

لئلا يتخرق معاملوه فيستضر وقيل يبطل حقه
إذ لا سبب للاختصاص وهو أولى أقول أما
الأول فلا ريب فيه مع تضرر المارة بذلك بل الإجماع بقسميه
عليه لتقدم حق الاستطراق على غيره عندهم وأما مع عدم تضررهم
به فظاهر المتن ونحوه هو المنع من ذلك في غير الرحاب ونحوها
من المواضع المتسعة كما عن بعضهم القول به أيضا مطلقا للإحالة إلى
التحريم في غير ما أجمع على جوازه وهو الاستطراق ولأنه انتفاع
بالبقعة في غير ما أعدت له فكان كالانتفاع بالمسجد ونحوه
من الموقوفات الخاصة في غير ما عين له من الجهة كما قيل وفي المسالك
وغيرها أن الأشهر أو المشهور هو التفصيل وهو المنع من ذلك
في الطريق المسلوك الذي لا يؤمن تأذي المارة به غالبا وجوازه
في الرحاب المتسعة بحيث يؤمن معه تأذي المارة بذلك نظرا
إلى اطراد العادة بذلك في الأعصار وذلك هو المسوغ لنحوه
من وجوه الانتفاع ونحوه في كثير من العبارات وقد يورد عليه
بوضوح الإجمال فيه وفي حكمه لأنه إن أريد بالمواضع المتسعة ما
ليست طريقا فهو مع خروجه عن محل البحث فلا يصح استثناؤه
مما لا يناسبه ذكر الوجه والأقرب للاحتمال كما في عباراتهم لوضوح
عدم المانع من ذلك فيها وإن أريد بها خصوص ما زاد على المحتاج
إليه المستطرق فعلا فكذلك أيضا بناء على عدم جريان حكم
الطريق على الزائد المزبور بل لعلنا نقول بكونه مثله أشكل الفرق ح

كما في المسالك ... كما في الكفاية ...

في الإيراد على عبارة المصنف وغيره بكونه مجملا

بينه

بينه وبين غيره مع فرض عدم التضرر كما قيل وإن أريد ما لا يتضرر بالمارة
من المتسعة وما يتضررون به من غيرها كما عبر به جماعة فهو واضح السقوط كما قيل
وقد يدفع بأن المتبادر من نحو المتن إنما هو المنع من ذلك مع تعدد في غير نحو
الرحاب حسما لمادة التضرر من أصله وإن لم يكن فيه ضرر على المستطرقين
فعلا ولكنه محتمل ومتوقع ولو لبعض المستطرقين وأما في الرحاب
فإنما جاز للسيرة القاضية بذلك منه دون ملاحظة التضرر فعلا وعدمه
على وجه العلية التي يدور الحكم مدارها وجودا وعدما في كلا الشقين
وح فلا مساغ لإنكار وجود الفرق بين أصلا كما وقع لبعضهم نعم مع وضوح
الفرق بين الجلوس للراحة ونحوها مما لم يكن مبنيا على الدوام إلى الليل
مثلا وبين الجلوس للبيع والشراء على وجه يتخذه مكانا له على نحو الدكان
وفي جميع النهار وبعض الليل ونحو ذلك فلا يلزم من جواز الأول
لقضاء السيرة ونحوها به جواز الثاني مع عدم قضائها به ودعوى
قضائها بجواز الثاني أيضا مطلقا حتى في غير الرحاب ممنوعة على مدعيها
ثم قد تتفق في الرحاب البيع خاصة لعدم مزاحمة المارة فيها غالبا ولكن
لو اتفق مزاحمتهم له نادرا ففي تقدم حقهم على الجلوس فعليه القيام
منها فورا وجهان من أن الأصل وأنها إنما أعدت لخصوص الاستطراق فيقدم على
غيره ومن إمكان توجه المنع إلى ذلك فيكون الجلوس المزبور من جملة منافع
الرحاب كالاستطراق فلا يقدم عليه وإنما يقدم السابق منهما إلى المكان
والاحتياط بتقديم حق الاستطراق مما لا ينبغي تركه بل قد يتعين ذلك

في دفع الإيراد عن المصنف

فتأمل جيدا والله اعلم واما الثاني فقد نقل عليه كثير منهم من غير خلاف
فيه يعرف بل ظاهرهم انه من المسلمات والاجماعيات لعموم قوله من
سبق الى ما لم يسبق اليه احد فهو احق به ولعدم جواز ازالة
رحله عنه ولصدق كونه في يده وفي قبضته وتحت تصرفه ونحو
ذلك ولا اشكال في ذلك ان اريد به عدم جواز مزاحمة الغير له في الجلوس
في المكان المذكور ما دام رحله ومتاعه فيه وان اريد به ثبوت حق
له فيه زائد على ذلك بحيث يسوغ له نقله الى غيره بصلح ونحوه ففيه
اشكال والاصول تقتضي العدم والتعليلات المذكورة قاصرة عن
افادة ذلك ودعوى الاجماع عليه عهدتها على مدعيها نعم للغير ان يدفع
اليه ليرضى بالقيام عنه ولا يزعجه قهرا عليه فيرجع الى الشركة الاصلية فيكون
الدافع احق به مع سبقه اليه فلو اتفق سبق غيره اليه فهو احق به ايضا
وليس للدافع ازعاجه عنه قهرا نعم ولو رفع الظالم الرحل عن ذلك
المكان عاد الى الشركة ايضا فمن سبق اليه فهو احق به مطلقا حتى لو كان
هو الظالم بنفسه ودعوى الاجماع على خلاف ذلك عهدتها على مدعيها في امثال
هذه الفروع التي قل من تعرض لها فلاحظه وتأمل والله اعلم واما الثالث
ففيه وجوه او اقوال منها ما ارسله المص اولا مع تعليله العليل الذي
لا يرجع الى دليل معتبر فتدبر ومنها ما عن بعض العامة من انه ان مضى زمان
ينقطع فيه الذين الفوا المعاملة معه ويستفتحون المعاملة مع غيره
بطل حقه وان كان دون ذلك لم يبطل حقه لان الغرض من تعيين الموضع
انما هو ان يعرف فيعامل فلا فرق بين ان تكون المفارقة لعذر من سفر
او مرض او لغير عذر وعلى هذا فلا يبطل حقه بان يرجع في الليل الى

بيته

بيته وليس لغيره مزاحمته في اليوم الثاني وكذلك الاسواق التي تقام
في كل اسبوع او في كل شهر مرة اذا اتخذ منها مقعدا كان احق به في
النوبة الثانية وان تخلل بينهما ايام وفيه انه لا يرجع الى دليل معتبر
ايضا لو صح عدم مدخلية تضرره بمثل ذلك في بعض مشتركات المشترك
بين الناس اجمع من الذين يتضررون بذلك ايضا وخصوصا من سبق اليه
كما هو واضح ومنها ما ارسله المص ثانيا واليه صار كثير منهم كما عن ظاهر
المبسوط وغيره من بطلان حقه بمعنى عدم ثبوته له في الزمن الثاني
للاصل ولانه لا سبب له مع اصالة الاشتراك بين الجميع ان لم نقل بعدم
المعارض وقولهم من سبق اليه فهو احق به الى الليل قاصر عن اثبات
خصوص ذلك من وجوه شتى سندا ودلالة فهو اعم من القول الاول
من وجه لشموله لغيرنا والعود اليه مطلقا ولو نادرا لعينه واخص
منه من وجه آخر كما هو واضح فتأمل جيدا والله اعلم تنبيهات الاول
لا ريب في عدم جواز مزاحمة الغير له فيما يحتاج اليه من وقوف المعاملين
معه ومن مكان الوزن والكيل ونحو ذلك من توابع البيع والشراء
ونحوهما كما نص عليه الفاضل وغيره مرسلين له ارسال المسلمات ولا
يصغى الى انكار ذلك من بعضهم تمسكا باصالة الجواز وباصالة الاشتراك
المقتصر على المتيقن في الخروج عنه ولا عبرة بالاستحسان والاعتبار
عندنا كما قيل وفيه ان المقتضي لثبوت الحق في نفس المكان المتخذ
للبيع والشراء ونحوهما مقتضي لثبوته في جميع ما يحتاج اليه لغة وعرفا
وشرعا والا لم يكن ثمرة في ثبوت الحق في نفس المكان مع جلوس الغير
امامه وخلفه وعن يمينه وعن شماله على وجه لا تصل الناس اليه فلا

وهو صاحب الجواهر [illegible]

يتيسر له البيع والشراء معهم ولا الوزن او الكيل لهم ولا رؤيتهم لمتاعه
على وجه يرغبون في شرائه الى غير ذلك مما يقتضي بجعله مع متاعه محجوب
في ذلك المكان ولا يبيع منه شيئا ولا يشتري من الناس شيئا والمرجع
في تحديد حريمه الى العرف والعادة فتدبر جيدا والله اعلم الثاني لو نوى
الجلوس فيه على وجه الاستيطان فيه بل كان مترددا بان يجلس في
كل يوم بمكان من الرحاب مثلا فقد صرح الفاضل وغيره ببطلان
حقه بمفارقة مكانه بل في المسالك وغيرها انه لا اشكال فيه للاصل
ولعدم تصور نية العود اليه منه لخروجه منه بنية المفارقة فلا يدخل
في قسم ناوي العود اليه فلا يفتقر الى استثنائه ولضعف عدم ثبوت
حق له من الشق الاول كما قيل وقد يورد عليه بان اطلاق الخبر السابق
شامل له ايض وبامكان نية العود منه الى ذلك المكان ولو في
بعض الازمان خصوصا مع كون مفارقته له في اثناء النهار كما قيل
وقد يدفع بان المفارقة في اثنائه مع بقاء رحله فيه او مع نية العود
اليه داخلة في البحث السابق وخارجة عن المفروض هنا وانما الكلام
في المفارقة لغرض الليل بالنسبة الى اليوم الثاني كما لا يخفى على الناظر في
كلام المتعرضين لذلك فلا تغفل وبان المفروض هنا انما هو من
كانت عادته الجلوس في كل يوم بمكان وهو المسمى بالجوال المتردد
بخلافه هناك فانه المستوطن المتخذ لمكان واحد كالوطن له ومع
فلا يلزم من عدم تاثير نية المفروض هنا للعود في ثبوت الحق له في
اليوم الثاني عدم تاثيرها في ثبوته في السابق ايض وان كان الاحوط
نيفيهما معا كما هو الوجه فتدبر جيدا والله اعلم فائدة وليس للسلطان
ان يقطع

ان يقطع ذلك كما لا يجوز احياؤه ولا التحجير اقول
لا خلاف بيننا في ذلك كما هو ظاهر كثير من العبارات المقتصرة
على حكاية الخلاف في الاقطاع عن بعض العامة ولكن في المسالك
وغيرها نسبته الى المشهور مشعرا بوجود الخلاف فيه بيننا ولعله
يشير به الى ما عن التذكرة من ان للسلطان ان يقطع الناس
الجلوس في المواضع المتسعة في الشوارع فيختص بالجلوس فيه
وفائدة ذلك الارتفاق بحيث اذا قام لم يكن لغيره الجلوس فيه
للاقطاع المزبور وعن جامع المقاصد انه لا ريب في ان جواز ذلك
محتمل وان لم ينقل شئ وهو كذلك بل لم نعثر على مخالف فيه صريحا
لامكان حمل عبارات المقنعة وغيره على عدم جواز الاقطاع لغيره
للملك كما هو صريح التذكرة وغيرها ايض ولكن نسأل الله تعالى
تعجيل فرجه ليكشف لنا حقيقة فوائده فليس في الحكم الشرعي
ان له عليه السلام فعل ذلك ولا يلتفت الى ما عن بعض العامة من
ان للسلطان ان يفعل ذلك لان له يدا وتصرفا فيما يتعلق بالمسلمين
كما ان له ازعاج بعض الجالسين لما في جلوسه تضرر المسلمين هذا وقد
يستدل على عدم جواز الامور الثلثة مع اصالة عدمه بانها انما تجوز
في الموات والطرق من الاراضي المحياة للمسلمين والمستطرقين فلا تكون محل
وقد يورد عليه بانه لا خصوصية للطرق بل سائر الاراضي المحياة
لا تجوز فيها هذه الامور الثلثة مع ظاهرهم الاتفاق على انها من

الموات الا انه لا يجوز فيها هذه الثلثة لتعلق حق المستطرقين بها
على نحو حريم الحياة والمشاعر ونحو ذلك فيها فلو زال حقهم منها فهي
على حالها الاولى لا انهم قد احيوها وملكوها بناء على ان الاحياء
من المملكات عندهم كما لا يخفى على الناظر في كلامهم من اول كتاب
الاحياء الى آخره فلاحظ ولا تغفل والله اعلم تنبيهات الاول
لا فرق في ثبوت حق المستطرقين في الاستطراق او الانتفاع
بها بالبيع فيه ونحوه بين المسلم والكافر الذمي وغيره مطلق حتى
الذمي منهم للسيرة المستمرة على ذلك كما قيل والامر سهل والله اعلم
الثاني لو استبق اثنان الى مكان واحد فاراد كل واحد منهما
الجلوس فيه للبيع والشراء ولم يمكن الجمع بينهما اقرع بينهما كما نص
عليه بعضهم بل في صريح المبسوط والتذكرة والقواعد والارشاد
والايضاح والحواشي وجامع المقاصد وغيرها على ما عن بعضهم
لشمول ادلة القرعة لنحو ذلك كما قيل ولكن عن بعض العامة
ان التعيين الى الامام ع بحسب ما يراه من المصلحة من اجرة او غيرها
وعن حواشي الشهيد احتمال تقديم الاحوج منهما اما ذلك لعدم شمول
ادلة القرعة عندنا لغير المعين واقعا المجهول ظاهرا وثبوتها
في غيره في بعض الموارد لنص او اجماع لا يقتضي شمول عموماتها
لذلك لا لغة ولا عرفا ولا شرعا ودعوى الاجماع على شمولها
للقسمين معا شرعا ولو بارادة معنى مجازي شامل لهما معا
عهدتها على مدعيها ولعله يكون المرجع هو القرعة او الحاكم فيتوقف
الحكم

الحكم الى ان يتراضيا على بعض الوجوه فتدبر جيدا والله اعلم الثالث
لو اشترى دارا فيها زيادة من الطريق ففي النهاية والسرائر انه
اذا لم يعلم المشتري ثم علم بعد ذلك لم يكن عليه شيء اذا لم يتميز الطريق
فاذا تميز وجب عليه رده اليه ورجع على البايع بالدرك و
يشهد له موثق ابن مسلم عن احدهما ع عن رجل اشترى دارا فيها
زيادة من الطريق فقال ع ان كان ذلك فيما اشترى فلا باس وخبر
سماعة عن ابي عبد الله ع عن دار اشتريها يكون فيها زيادة من الطريق
فقال ع ان كان ذلك دخل عليه فيما حدد له فلا باس الا انهما معا مطرحان
بهما على خلاف المشهور عنها عن تخصيص ما دل على عدم جواز تملك الطريق
بوجه من الوجوه ومجرد عدم التميز لا يقتضي جواز تملكه اذ اقصاه
جهالة المبيع وجهالة المغصوب فينتج بطلان البيع للجهالة واما
مع العلم بالمغصوب فهو من باب الجمع بين ما يصح بيعه وما لا يصح بعقد
واحد فيمضي في الاول دون الثاني مع خيار تبعض الصفقة او
بدونه على ما سبق تفصيله في كتاب البيع وقد يتعسف في تاويل
الخبرين وارجاعهما الى القواعد الشرعية كما في نظائره فتدبر جيدا والله اعلم

قال ره واما المسجد فمن سبق الى مكان منه
فهو احق به ما دام جالسا فلو قام مفارقا
بطل حقه ولو عاد وان قام ناويا للعود

الرابع لا بأس بان يظلل في المجالس للبيع والشراء ونحوهما على نفسه وعلى
متاعه بثوب او بارية او نحو ذلك مع عدم تضرر المارة بذلك
كما نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف للاصل السالم عن المعارض
وللسيرة القطعية كما قيل كما هو واضح لكن صرح بعدم الجواز بما يضر
بالمارة لان حقهم مقدم على غيره نصا وفتوى واجماعا وكذا
البحث في التسقيف نفيا واثباتا واحتمال الفرق بينهما في غير
محله بل وكذا بناء دكة يجلس عليها لعدم الفرق بينها وفي المسالك
وغيرها ان له ان يظلل على موضع جلوسه بما لا يضر بالمارة من ثوب
وبارية ونحوهما لا بناء دكة الا مع سعة الطريق بحيث لا يتضرر
به المارة اصلا فيتجه الجواز وقد يورد عليه بعدم الفرق بينها مع فرض
عدم الضرر وقد يدفع بان ظاهرهم بل صريح بعضهم عدم الفرق بينهما ايضا
في صورتي الضرر وعدمه وان كان توقع الضرر في البناء اقرب منه
في التظليل عادة ولعله لذا اختلف فيهما عبارة نحو المسالك وان
كان مؤداهما في صورتي الضرر وعدمه عند التامل متحدا فلا تغفل
نعم قد يفرق بين التظليل والبناء بجواز الاول الا مع العلم بالضرر
وبعدم جواز الثاني الا مع العلم بعدم الضرر عملا بالغالب في البابين
ولكن لا يخلو من تامل فتدبر جيدا والله اعلم وعن المبسوط انه اذا سبق
الى موضع كان احق به من غيره لانه بذلك جرت عادة اهل الامصار
يفعلون ذلك ولا ينكره احد غير انه لا يجوز ان يبني دكة ولا ينصب
مستندا وفيه نظر وتحقيق ذلك هو ان الاصل والسيرة القاطعة

فالثمرة تظهر في صورة الشك لان الغالب في صورة التظليل عدم الضرر وفي صورة البناء ثبوت الضرر [illegible] اعتبار الغلبة في امثال المقام [illegible] فيجوز في الاول [illegible] [illegible] التامل

يقتضيان

وهذا التحقيق من صاحب الجواهر

يقتضيان جواز سائر وجوه الانتفاع في المنافع المشتركة اذا لم
تعارض اهل المنفعة المقصودة منها الذي اعد لها باحياء المحيي او بوقف
الواقف او بتسبيل المسبل او بغير ذلك من غير فرق بين ما يدوم
اثر التصرف فيه كالبناء ونحوه وبين ما لا يدوم مع فرض عدم خروجه
بذلك عما اعد له فلو بنى بعض ارض الطريق باجر مثلا على وجه
لا يخرج من اهل الاستطراق لم يكن بذلك بأس وان كان مراده بذلك
الاستئثار به لو اراد الجلوس عليه غير المضر بالمارة باعتبار انه ملكه
نحو وضع البساط ونحوه وكذلك الكلام في التسقيف وغيره لا ينافي
ذلك ثبوت حق الاستطراق بعد قيام الاجماع على جواز
الارتفاق بغير المضر به فليس للمستطرق حق اختيار هذه القطعة
لاستطراقه بعد فرض وجود ما يصلح له غيرها اذ الثابت له انما هو
حق الاستطراق في المجموع لا في كل جزء جزء ومن هنا لم يكن له ازعاج
الجالس غير المضر واستمرت الطريقة على وضع القمامة وغيرها في
الطرقات اذا لم تكن مضرة بالمستطرق لوجود ما يصلح للاستطراق
غيرها ولا ينافي ذلك اشتراك الناس فيها بعد ان كان الثابت
من الاشتراك كونه على الوجه المزبور بل هو مؤكد له ومن ذلك
استمرت الناس على الانتفاع بالمساجد بغير العبادة مع عدم
المزاحمة لاهل المنفعة المقصودة ودعوى حرمة الانتفاع بغيرها
الا ما جرت السيرة عليه لا حاصل لها بعد ان علم منها الجواز على وجه

ارجاع اصالة [illegible] [illegible] اصالة [illegible] في المقام خلاف

حرمة

في الاعتراض على صاحب الجواهر

انّ الملكية

الكلية لا خصوص افراد من الارض تفاق بل صريح كلمات الاصحاب ان
على تقدير ذوي المنفعة المقصودة وعدمه كما هو واضح ولكن قد يقال
بانه لا عموم في السيرة الفعلية على وجه يستفاد منه هذه الكلية
الشاملة لمثل الدكة ونحوها فالاستدلال بها عليها في غير محله ودعوى
حصول العلم بها من تتبع الجزئيات التي حجية العلم جوازها عندهم
عهدتها على مدعيها وحصول الظن بها مع تسليمه في نفسه مما لا دليل على
حجيته مع اصالة عدمها واما اصالة الجواز على وجه يستفاد منها
الكلية المزبورة حتى مع احتمال التضرر للمارة او مع الظن به ولو
في الليل دون النهار ولو في حق فاقد البصر او ضعيفه ونحوه فقوية
فيما لا شاهد عليها ان لم يكن على عدمها لاصالة حرمة التصرف في
الموات الا في ما علم بجوازه ولو كان الطريق موقوفا او مسبلا
فهو على حسب ما يقف مالكه مع العلم بكيفيته والا فالظاهر منه
ارادة وقفه على نحو الطرق الاصلية فتدبر جيدا والله اعلم قال

واما المسجد فمن سبق الى مكان منه
فهو احق به ما دام جالسا فلو قام
مفارقا بطل حقه ولو عاد وان قام
ناويا للعود فان كان رحله باقيا فيه
فهو احق به والا كان مع غيره سواء وقيل
ان قام لتجديد طهارة او ازالة نجاسة وما

اشبهه

اشبهه لم يبطل حقه اقول اما الاول فلا خلاف فيه
ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه بل لعله من الضروريات كما قيل
وعموم نصوص السبق والحيازة الشامل له لغة وعرفا وشرعا
كما قيل مع عموم قولهم عليهم السلام سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان
منه فهو احق به ونحو ذلك وظاهر المتن ونحوه عدم الفرق بين كون
جلوسه لاجل العبادة من صلوة او قرائة او تدريس او نحو ذلك او
لاجل غيرها كالخياطة والبيع والشراء ونحو ذلك فان الجلوس بلا عمل
فيه اصلا ولا بأس به مع عدم مزاحمة المصلين فرادى او جماعة ولا
معها ففي جوازه اشكال من الاصل والعمومات ومن ان ذلك بعد
المنفعة الاصلية المقصودة من المسجد وقد يقال بتقديم الصلوة
على غير العبادات خاصة واما مع مزاحمتها لها فلا تقديم عليها لان
المسجد قد وضعت لمطلق العبادة فهما على حد سواء ولكن المانع
لا يستطيع فتدبر ولو تزاحمت صلوة الجماعة مع صلوة الفرادى
فلا يبعد رجحان الاولى خصوصا مع وجود مكان آخر للثانية
في ذلك المسجد او ما يقرب في الجملة الى غير ذلك من صور المزاحمة بين
المتعبدين وغيرهم وبين المصلين وغيرهم من المتعبدين مع بين
المتعبدين بقراءة القرآن او بالدعاء او بالتدريس او غير ذلك
ومراعاة فعل الاهم شرعا اولى فيؤثره فاعل غيره على نفسه
ويحصل السرور عليه كما هو الشاهد بالعيان بين الاخوان الموفقة

اشارة الى ان الجلوس من حيث هو ليس موضوعا للحكم بل المناط والمدار فيه التحجر والاختصاص بالمكان

في كون السابق احق مع بقاء حقه ام لا

التوفيق وعليه التكلان والله اعلم واما الثاني الذي بعد القيام
عنه ناويا للعود اليه فلا خلاف فيه ولا اشكال بمعنى عدم ثبوت
حق له فيه بعد مفارقته له وانما ثبت حقه فيه ما دام جالساً
فيه ونحن على الاطلاق فلو عاد اليه وقد سبق غيره اليه لم يكن له
ازعاجه عنه قطعا واما الثالث فالمشهور بقاء حقه مع بقاء
رحله فيه مطلقا كما هو ظاهر كثير منهم بل ربما نفى الخلاف فيه او حكي الاجماع
عليه وعن المبسوط انه من سبق الى مكان في المسجد كان احق
به فان قام وترك رحله فيه فحقه باق وان حول رحله عنه
انقطع حقه منه ولا خلاف فيه وفيه نص لنا عن الائمة عليهم السلام
وظاهره عدم اشتراط نية العود اليه كما عن ظاهر الارشاد و
الدروس وغيرهما لاطلاق المرسل المزبور وما روي من انه
اذا قام احدكم من مجلسه في المسجد فهو احق به اذا عاد اليه ولقوله
سوق المسلمين الى غير ذلك مما قد يستدل به عليه بان لا وجه
لبقاء حقه مع الاعراض عنه لوضوح معلومية اشتراك الناس فيه
وبقاء الرحل ليس بتحجير بعد ترك ذلك ومع عدم معلومية شمول
معقد نفي الخلاف لمثل ذلك انه لم يعلم عدمه بل قد يمنع شمول النصوص
المزبورة لمثل ذلك ايضا ولو للاعراض عنه او لعدم وجود ما به
له كما اعترف به بعضهم في صورة فقد نية العود اليه مع بقاء
رحله فيه وقد يدفع بعدم ثبوت الاعراض عنه في صورة عدم
الاعراض عنه مع عدم نية العود اليه على سبيل الجزم بل قام عنه

متردداً

في وضع الرحل للغير

متردداً او ظاناً للعود اليه وابقى رحله لاجل ان لا يجلس فيه غيره
بل قد يحمل عبارة المصنف وغيره ممن اعتبر النية على ما يشمل
ذلك ايضا احترازا عن صورة القيام مع الاعراض عن الرجوع
ونية عدم الرجوع اليه اصلا فقط فلم نعلم فتواهم بعدم ثبوت
الحق في الصورة الاولى خصوصا مع الظن القوي بالعود اليه بل
متيقنا انه راجع في كلام المشهور فلاحظ وتامل والله اعلم
ولو تقدم رحله في مكان منه على جلوسه فيه ففي افادته حقا
له به وجهان من الاصل ومن ان وجود رحله بمنزلة وجود نفسه
في عدم جواز التخطي محله لحرمة التصرف فيه كما هو واضح
وضعف الثاني ظاهر كقوة الاول والله اعلم ولو وضع انسان
رحله في مكان منه لاجل غيره ففي ثبوت حق له او لذلك
الغير بمجرد ذلك اشكال اقربه العدم للاصل بعد اشتراك
الناس اجمع في الانتفاع بالمسجد مع عدم الدليل على ثبوت
الحق بمجرد ذلك مطلقا حتى لو كان ذلك بطلب ذلك الغير و
التماسه بل ولو كان الموضع مطالا وحينئذ فان كان لا ينتفع
بالمكان المزبور لا يتوقف على التصرف في ذلك الرحل
الموضوع فيه فلا اشكال والا ففي جواز التصرف فيه بان
يحوله عن مكانه على وجه يرفع مانعيته من الانتفاع به او بان يصلي

عليه بلا اشكال من الاصل ومن عموم تحريم التصرف في مال الغير بدون
اذنه ومع انتفائه فيجوز للحاكم ازالته عن ذلك المكان لئلا يمتنع
الناس من الانتفاع به ونحو فان امتنع من ذلك فلا يبعد سقوط
احترام ماله فيزيله من يريد الانتفاع بمكانه والاحوط مراجعة
الحاكم في ذلك بل هو المتعين مع امكانه اقتصارا على المتيقن
في الخروج عن حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه مع انه هو المنصوب
لحسم مادة النزاع والاصلاح بين الناس فيما يقع بينهم ونظائره وفي المسالك
وغيره ان الرحل شيء من امتعته وان قل فان كان باقيا فهو
احق به للنص على ذلك هنا وقيده الشهيد في الذكرى بان
لا يطول زمان المفارقة والا بطل حقه ايض ولا بأس به
خصوصا مع حضور الجماعة واستلزام تخطي موضعه وجود
فرجة في الصف للنهي عن ذلك بل استثنى بعضهم ذلك مطلقا
وحكم بسقوط حقه يجوز رفع رحله ان استلزم شغل موضعه
ثم التصرف فيه وتوقف تسوية الصف عليه ويضمنه الرافع
له الى ان يوصله الى صاحبه جمعا بين الحقين مع احتمال
عدم الضمان للاذن فيه شرعا وقد يورد عليها اولا بان وجوب
الجماعة ونحوها مجرد اعتبار لا يقتضي سقوط الحق +
الثابت بالدليل وقد يمنع شمول دليل الحق لمثل هذا الحال
مع اصالة الاشتراك وقد يقال بان المراد بالاحقية انما
هو تقدمه على غيره عند التعارض لا عدم جواز الانتفاع
بالمكان

بالمكان حال عدمه فيجوز لغيره الوقوف فيه فاذا تنحى عنه
ولو في اثناء الصلوة مع عدم اقتضاء ذلك التصرف برحله والا
لم يجز له ذلك لا لاحقيته بالمكان كما قيل ولكن في شمول دليل
الحق لهذا الحال تامل بل المانع له مستظهر فتدبر والله اعلم وثانيا
بان مثل هذه الاذن مع تسليم وجودها لا تنافي الضمان مع عموم
قاعدة اليد القاضية به كما قيل فهو كذلك مع صدق اليد على
ذلك لا مطلقا كما هو محرر في محله فلاحظ وتامل والله اعلم ولو
لم يكن رحله باقيا فيه فالمشهور كما اعترف به كثير منهم عدم بقاء
حقه مط وان كان قيامه لضرورة من تجديد طهارة ونحوها
للاصل ولو بعد اعراض المشهور عن اطلاق النصوص الآتية
الدالة على بقاء حقه مط او مع الضرورة فقط كما ارسله المص
وغيره قولا وهو ظاهر التذكرة وغيرها ويشهد له مع ذلك ما في
الوافي وغيره عن الكافي عن العدة عن احمد بن محمد بن اسمعيل
عن بعض اصحابه قال قلت لابي عبد الله ع نكون بمكة او بالمدينة
او بالحيرة او بالمواضع التي يرجى فيها الفضل فربما خرج الرجل
يتوضأ فيجيء آخر فيصير مكانه فقال ع من سبق الى موضع فهو
احق به يومه وليلته ونحوه المرفوع في التهذيب عنه ع ولعلها
علة الجمع بينهما وموردهما السؤال فلا ريب في ظهوره في عموم الجواب
الذي مقتضاه ثبوت الحق له مط وان كان خروجه لغير ضرورة

كالاذن الشرعي في التصرف في مال الغير في حال الاضطرار

في حكم ماله تكن رحله باقيا مع بقية الوقت

التفصيل بين الضرورة وغيرها

ولغير حاجة معتد بها بل للراحة ونحوها الا انا لم نعثر على قائل بذلك نعم اعترف به بعضهم وفي المسالك وان لم يكن رحله باقيا فان كان قيامه لغير ضرورة سقط حقه مطلقا في المشهور وفرقوا بينه وبين مقاعد الاسواق بان غرض المعاملة يختلف باختلاف المقاعد والصلوة في بقاع المسجد لا تختلف وفيه نظر لمنع عدم اختلاف بقاع المسجد في الفضيلة لان ثواب الصلوة في الصف الاول اكثر وقد يالف الانسان بقعة من المسجد ويتعرف بها كتعرفه بحوانيت المعاملة وظاهر الاصحاب عدم الفرق هنا بين من يالف بقعة ليقرأ عليه القران ويتعلم منه الفقه ونحو ذلك وبين غيره لعموم قوله تعالى سواء العاكف فيه والباد وفرق بعضهم فاوجب اولوية المذكورين كمقاعد الاسواق خصوصا في الجوامع الكبار لان له غرضا في ذلك الموضع ليالفه الناس وان كان قيامه لضرورة كتجديد طهارة وازالة نجاسة وقضاء حاجة ففي بطلان حقه وجهان احدهما وهو الذي قطع به المصنف عدم البطلان لمكان الضرورة واحتج له في الذكرى بقول النبي صلى الله عليه وآله اذا قام احدكم من مجلسه في المسجد فهو احق به اذا عاد اليه وقول الامير عليه السلام سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان منه فهو احق به الى الليل ويشكل مع قطع النظر عن السند بانه اعم من المدعى وانتم لا تقولون به على العموم والمخصص لهما مع عدم الضرورة مخصص مع الضرورة والوجه الثاني بطلان اختصاصه لحصول المفارقة ولا فرق على التقديرين بين ان يطرء العذر قبل الشروع في الصلوة

وبعده

وبعده وفرق الشهيد ره في الدروس بين المفارقة في اثنائها اضطرارا وبين غيرها فحكم ببقاء الاولوية في الاول الا ان يجد مكانا مساويا للاول او اولى منه محتجا بانها صلوة واحدة فلا يمنع من اتمامها وفيه نظر انتهى وقد اكثر السيد ره في مفتاح الكرامة وغيره من الايرادات عليها بما يمكن دفعه اجمع او دفع كثير منها ولكن لا ثمرة مهمة في الاطناب بذلك بعد وضوح ان الاصل عدم ثبوت الحق بعد المفارقة الا مع قيام الدليل المعتبر شرعا على ثبوته ولا عبرة بالاعتبارات التي لا يرجع الى ذلك ولا باس بالتمسك باطلاق النصوص السابقة مع عدم ثبوت الاعراض عن بعض افراده فلا يخرج به عن الاصل والظاهر ان القيام عنه لضرورة مع قصد العود اليه بمجرده ارتفاع عن بعض الافراد التي لم يعلم فتوى المشهور بعدم ثبوت حقه فيه خصوصا بعد حكايتها عن المصنف القطع بثبوته فيه ولعل نسخة المتن الاصلية ليس فيها لفظة قيل وان وجدت في غالب النسخ وخصوصا مع ذكرهم للوجهين فيه من دون ترجيح لاحدهما على الاظهر مع عدم حكاية الوجه الثاني قولا اصلا ونحوه في الكفاية ونحوهما مع نسبة الوجه الاول الى قطع المحقق ره وفي المفاتيح الاقتصار على حكاية قولين فيه وفي الدروس انه لو رعف المصلي في اثناء صلوته او احدث ففارق فقد اولويته بعوده اذا كان للاتمام نظر انتهى

من انها صلوة واحدة فلا يمنع من اتمامها وهي بقية الحق للاستقرار
والاول اقرب الا ان يجد مكانا مساويا للاول او اولى منه اما
لو فعل المنافي للاتمام من حدث وغيره سواء الا مع بقاء رحله وفي
التذكرة انه لو سبق الى مكان لاجل الصلوة كان احق به وليس
لغيره ان يزعجه فان فارقه اجابة لمن دعاه او لرعاف او
لقضاء حاجة وتجديد وضوء فالاقرب انه اختصاصه لا يبطل وهو
اصح وجهي الشافعي للتبوت والمستقرب ان بقي والثاني للشافعي
انه يبطل اختصاصه لحصول المفارقة الى آخره فيها ولا يخفى انه
لو كان الثاني قولا لاصحابنا او مشهورا لهم لكان اولى بنقله
من الاقتصار على نسبته الى اضعف وجهي الشافعي الى غير ذلك
من كلماتهم التي قد تفيد القطع بعدم ثبوت الشهرة على الثاني
بل لم نجد من صرح به مطلقا عدا الفاضل في التحرير والقواعد ولعله
ظاهر الروضة وجامع المقاصد ناسبا له الى المشهور وفيه ما فيه
واطلاق كثير من العبارات لا وثوق به على وجه يكون سببا
لسقوط الحجة المعتبرة شرعا كما في نظائره فتم جيدا والله اعلم ولو
وضع رحله في المكان قبل جلوسه فيه بنفسه او في دعه او بغلامه
او بوكيله فقد يحتمل حق له بذلك اشكال من الاصل وعدم شمول
النصوص لذلك لا لغة ولا عرفا ولا شرعا ومن صدق السبق
اليه بمجرد ذلك فيكون احق به ويؤيده ظهور النصوص وفتاوى
الاصحاب انه انما يفيد الاحقية له ما دام ماكثا وجالسا فيه ولا
بحث فيه

في عدم تحقق الشهرة فيما كان القيام عن ضرورة

في جواز وضع الرحل للغير وعدمه

بحث فيه وانما البحث فيما لو فارقه بعد ذلك ثم عاد اليه فهل
هو احق به مطلقا كما هو ظاهر النصوص او مع ترك رحله فيه
فقط كما هو ظاهر مرسل المبسوط على البحث السابق ولا دلالة
في شيء منها على ان وجود الرحل قبل ذلك ولو بالقائه بنفسه
مفيد للاحقية لصاحبه على نحو التحجير نعم يبقى البحث في تصرف
في الرحل المزبور على نحو ما سبق في الغصب فتم جيدا والله اعلم

قال رحمه الله ولو استبق اثنان فتوافيا فان امكن
الاجتماع جاز وان تعاسرا اقرع بينهما

اقول قد صرح بذلك كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف لان الحق فيهما ولا مرجح لاحدهما فتعين رجوع في تمييز اولية القرعة
كما قيل وعليه ينبغي كما هو ظاهر انه لا يخفى على نحو البطلان ولذا علله
الفاضل بانه لا يمكن العمل بينهما معا فيتوقف الامر الى ان
يتراضيا ولو بذل احدهما للآخر بما يرضيه ويحتمل مراجعة
الحاكم ليرفع النزاع بينهما بنظره وترجيحه ولو كان يستعمل
القرعة كي تخير قلب احدهما فيكون مرجح معينة لا كاشفة عن
المعين في الواقع لمعلومية عدمه هنا كما هو واضح فتم جيدا والله اعلم

قال رحمه الله واما المدارس والربط فمن سكن
بيتا ممن له السكنى فهو احق به وان

تطاولت المدة ما لم يشترط الواقف امدا او قبل منه
الخروج عند انقضائه ولو اشترط مع السكنى
التشاغل بالعلم فاهمل الزم الخروج فان استمر
على الشرط لم يجز ازعاجه وله ان يمنع من
يساكنه ما دام متصفا بما به يستحق السكنى
ولو فارق لعذر قيل هو اولى عند
العود فيه تردد ولعل الاقرب سقوط
الاولوية اقول اما الاول فلا خلاف فيه ولا اشكال لعموم
ادلة السبق والحيازة بعد دخوله في الموقوف عليهم والمحبس
عليهم والمسبل عليهم ونحو ذلك بناء على شمولها لذلك ونحوه كما
هو ظاهرهم في موارد كثيرة ولكن قد يقال بان الوقوف على حسب
ما يقفها اهلها في المدارس ونحو ذلك الا على مجرد السبق فلو جعل الواقف
الوقف على حسب نظره او على حسب نظر الناظر عليه لم يكن للسبق
مدخلية في الاحقية من غيره كما هو واضح اللهم الا ان ينزل كلامهم على
صورة اطلاق الوقف على المشتغلين مثلا فانه الحق
به فلا يجوز لاحد ازعاجه عنه اجماعا من غير فرق بين طول
المدة وقصرها كما صرح به كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف لانه احد
المستحقين لذلك فازعاجه منه ظلم قبيح عقلا ونقلا كما قيل واحتمال
جواز ازعاجه مع طول المدة حذرا من تطرق شبهة الملكية على

الموقوف

الموقوف في غير محله بعد احكام امر الوقف بالسجلات وقرائن
الاحوال التي تندفع شبهة التملك ولو فرض انتفاؤها كما
قد يتفق ذلك في غير المدارس ونحوها فلا يبعد ان للحاكم المنع
من بقائه فيه مراعاة لمصلحة الوقف الا ان ذلك خارج
عن محل البحث الذي هو المنع من بقائه فيه من حيث طول المدة
فقط كما هو واضح كما وضح انه يجب على الساكن في المدرسة
مثلا اتباع شرط الواقف فلو شرط جلوسه فيها مدة مخصوصة
وجب عليه الخروج عنه بنفسه بمجرد انقضائها لحرمة بقائه
فيها مع الشرط المزبور فالتهديد ويحتمل في المدرسة
ومحل قراءة القرآن ونحوها لزوم خروجه منها اذا تم غرضه
من ذلك ويقوى الاحتمال اذا ترك الاشتغال بالعلم و
قراءة القرآن وان لم يشترطها الواقف لان موضوع المدرسة
ونحوها انما هو ذلك اما الربط فلا غرض فيها فيجوز الدوام فيه
وقد يورد عليه بانه ان خرج عن الموضوع له المدرسة مثلا
وجب عليه خروجه منها قطعا والا فلا وجه للاحتمال المزبور
بل ولا لما قواه ايضا لوضوح انه ان لم يشترطها ولكن كانت
هي المنفعة المقصودة فالمتجه عدم منافعه لاهلها على نحو
المسجد والطريق والا كان الناس فيه شرعا سواء وقد يمنع

عنها

ه بتمام الغرض صح

بان المنفعة المقصودة من الشرائط الضمنية القاضية
بتقديم اهلها على غيرهم لا بتقييد اهل الوقف بها كما هو
مقتضى الاهل وغيره والمراعى [redacted] قوله ره وان لم
يشترطها انه لم يصرح بالاشتراط المزبور وح فقد يحتمل
في صورة عدم المعارضة لاهلها لزوم الخروج عليه منها على
نحو الشرط الصريح وقد يحتمل عدمه على نحو الطريق والمسجد
ولعل وجه القوة في الثاني انما هو قوة احتمال الشرط
المزبور ولو كان قد اشترطه صريحا لزم الخروج منها بنفسه
قطعا وان لم يخرج بنفسه ازعجه المتولي واخرجه منها لخروجه
عن الاستحقاق بمقتضى الشرط المزبور لان الوقوف على
حسب ما يقفها اهلها نصا وفتوى واجماعا ولو كان منتفيا
بالشرط لم يجز ازعاجه لانه من اهل الاستحقاق كما هو واضح
فتامل جيدا والله اعلم ولا ريب في ان لمستحق السكنى
ان يمنع من يساكنه وان استحق للسكنى اذا كانت العادة
او كان تصريح الواقف قاضيا بانفراد كل واحد ببيت
ولو كان البيت الواحد معدا لجماعة عادة او باشتراط
الواقف فليس له المنع من غيره الى ان يبلغ العدد المعد

فيمنع

فيمنع ح ممن زاد على ذلك لعدم حق له في ذلك كما هو المعروف
فتامل جيدا والله اعلم ولو خرج منها لحاجة معتادة لم يبطل حقه كما نص
عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف بل ظاهرهم انه من المسلمات عندهم
وفي المسالك وغيرها القطع به للسيرة القطعية كما قيل ولصدق السكنى
والاستيلاء على ذلك وكونها تحت يده وفي قبضته وفي تصرفه
ونحو ذلك مع اصالة بقاء الحق عند الشك فيه واله كما قيل بل عن
التذكرة وغيرها انه لا يلزمه تخليف احد في مكانه ولا ان يترك
متاعه فيه لانه قد لا يجد غيره وقد لا يامن على متاعه سواه ولكن
قد يناقش بامكان منع صدق كونه في يده وفي قبضته مع فرض
عدم رحل له فيه وبان منافع الوقف العام لا تستحق الا بالاستيفاء
اذا لم يكن باجارة من حاكم مثلا فان يكون ح ليس له الا حق الاستيفاء
التدريجي بمعنى عدم مزاحمة الغير له فهو في الحقيقة سبق استيفائه
مقدم على غيره لا انه حصل له حق بالسبق على وجه يثبت له حق
الاستيفاء المستقبل مط وان لم يكن له رحل والا لثبت ذلك
في المسجد والطريق فان الجميع واد واحد من حيث الدليل كما قيل
ودعوى ملاحظة الواقف لذلك فيكون وقف المدرسة مثلا نزلا
عليك بشرائط الضمنية فيكون وقفه مخالفا لوقف المسجد
ونحوه عهدتها على مدعيها واولى بالمنع دعوى اختلاف افراد المسبوق
اليه بالسبق عرفا ففي المدارس مثلا يصدق انه في يده وفي قبضته فيما ع

٢ كشراء ماكول او مشروب او ملبوس او نحو ذلك مما لم ينو معه مفارقة ذلك المكان ح

افراد الاعيان الموقوفة كالكتاب ونحوه فانه اذا كان في يد شخص لا
يستحقه آخر بمجرد رفعه من يده الحسية بخلاف المسجد والطريق كما
قيل ويؤيده منع عدم الشاهد عليه شرعا ان الموافق لما عليه سيرة
الناس وعملهم في الاعصار ان المدرسة والرباط ونحوهما اذا لم يشترط
الواقف كيفية خاصة وجعلا مخصوصا اولم يعلم حاله كالمسجد في جواز
الانتفاع به وانه احق من غيره في استيفاء المنفعة المشتركة بينه وبين
غيره بالسبق اليه على وجه لا يعارض المنفعة المقصودة بالاصالة
الملحوظة في نظر الواقف لا على جهة الشرطية وانما فائدتها الترجيح
عند المعارضة لا عدم جواز الانتفاع بغيرها مع عدم المعارضة وح
فقد يقال بانه لما كان المتعارف في العمل ذلك يمكن ان يكون
الواقف مدرسة مثلا يكون مقصوده ذلك ايضا نحو الوقف مسجدا
مثلا الذي قد ورد فيه انه بيت الله تع وانه منزل للغرباء والضعفاء
ونحو ذلك مما هو راجع الى الشرع لا مدخلية للواقف في ملاحظته
بل قد يحتمل ان ذلك اذن شرعية باعتبار رفع المال عن يد
الواقف لا على جهة خاصة فصار امره الى الشرع الذي مقتضاه ما سبق
وكون المراد من المسجد بيت للعبادة مثله بخلاف المدرسة فان المراد
فيها السكنى غير مجد لو منع ان الشاغل لها لا يقصد سكنى يلحق له
في مستقبل الزمان وفي حال عدم فعليته لها نعم لا يبعد الحاق
المفارقة لها في الازمنة التي لا تنافي صدق الشاغل فيها ولو
للسيرة المستمرة على ذلك فكل ما لا يكون كذلك سقط حقه ح

كما قيل

كما قيل وفيه ان السيرة غير مجدية في موارد الشك والنزاع
بعد ان لم يكن فيها عموم لفظي يشمل ذلك كما هو المفروض
كما انه لا دلالة فيها على عدم سقوط حقه من المدرسة مثلا بخروجه
منها لقضاء حاجة ونحوها مما هو محل البحث ولعله كالمسجد
فالشك في ذلك ولم يثبت زيادة فيها بحيث يمكن استصحابه
عند الشك في زواله ومجرد صدق كونها في يده مع تسليم
في نفسه غير قاض بثبوت حق له فيها على وجه يورث وينتقل
عنه بصلح ونحوه ولا يلزم من كونها امارة على الملك شرعا كونها
امارة على الحق المزبور بعد معلومية عدم الملك كما هو واضح
كوضوح ان جواز الانتفاع بها في الجملة للاصل او غيره غير
قاض ببقاء حقه فيها بعد خروجه منها بحيث يمنع من سبق الغير
اليها على وجه ينافيه مع عوده اليها فالعمدة ح انما هو الاجماع
على ذلك في هذه الصورة خصوصا مع بقاء رحله ونحوه فيها
وانكاره فيها في غير محله نعم لو خرج منها ناويا للمفارقة
لها ففيه وجه او اقوال وفي المسالك وغيرها انه لو فارق
المكان لغير عذر بطل حقه سواء بقي رحله ام لا وسواء طالت
مدة المفارقة ام قصرت لصدق المفارقة المسقطة للاولوية

وان كانت لعذر ففي سقوط حقه اوجه واستقرب المصنف
منها سقوط اولويته مطلقا لزوال ما تقتضيه الاختصاص
وفيه وجه آخر بالبقاء مطلقا لانه باستيلائه عليه جرى مجرى
المالك بخلاف المسجد فانه لم يوضع للاقامة الطويلة وفيه
وجه ثالث بالفرق بين الطويلة والقصيرة فيبطل في الاولى
دون الثانية وهو خيرة التذكرة وهو حسن مع بقاء رحله او
عدم خروجه عن الاقامة فيها عرفا واستقرب في الدروس
تفويض الامر الى ما يراه الناظر صلاحا ويشكل بان الناظر
ليس له اخراج المستحق اقتراحا فرأيه فرع الاستحقاق وعدمه
وقد يدفع بامكان تفويض الامر الى الناظر حيث لم يقترح
في ذلك وفي المقدس انه لو فارق ساكن المدرسة والرباط
ففيه اوجه زوال حقه كالمسجد وبقائه مط لانه باستيلائه
جرى مجرى المالك وبقائه ان قصرت المدة دون ما اذا
طالت لئلا يضر بالمستحقين وبقائه ان خرج لضرورة
كطلب كارة مهمة وان طالت المدة وبقائه ان بقي
رحله او خادمه والاقرب تفويض ذلك الى ما يراه الناظر
صلاحا المعني في ذلك منه كلماتهم الى مقتضى اطلاق كثير منهم
جريان بعض الاحتمالات فيما لو وضع لحاجة معتادة الى
الآن في غير محله ولعل الاظهر هنا ما اختاره المصنف

كما عن القواعد

كما عن القواعد والارشاد وغيرهما بل ربما نسب الى الاكثر وعن
التذكرة انه ان فارقه لعذر اياما قليلة فهو احق به اذا عاد
لانه الف وان طالت غيبته بطل حقه وعن المسالك انه
حسن وعن الروضة انه قوي وعن ظاهر اللمعة عدم بطلانه
مطلقا وعن جامع المقاصد ان الظاهر ان مفارقته من غير ان
يبقى رحله مسقط للاولوية ولو قصر الزمان جدا كما لو خرج
لغرض لا ينفك عنه عادة ولا يخرج في العادة عن كونه
ساكنا ففي بقاء حقه قوة وعن تعليق الارشاد انه لو لم
يبق رحله وقصر الزمان ففي بقاء حقه وجهان وفي التحرير انه
لو فارق لعذر ففي الاولوية مع عوده اشكال ولو طال
الاستيطان على هذه الانتفاعات المشتركة وصار كالتمليك
الذي يبطل آثار الاشتراك ففي الازعاج اشكال وفي القواعد
وهل يصير اولى ببقاء رحله اشكال من انه موضع لحقه فلا يزال
ومن ان المدرسة لم يوضع لوضع الرحل بل كون الرحل فيها تابع
لكون صاحبه فيها فاذا زال المتبوع عادة لم يبق اثر للتابع
وفي الكفاية انه لو فارق مكانا من المدرسة لغير عذر فالاشهر
انه يبطل حقه مط وان كانت المفارقة لعذر ففي سقوط حقه
وجوه الى غير ذلك من كلماتهم التي لا يخلو كثير منها من نظر
ولا مخرج من الاصل الآن نعم اجماع على بعض الصور فلاحظ
وتدبر والله اعلم

قال ره الطرف الرابع في المعادن الظاهرة
وهي التي لا تفتقر الى اظهار كالملح والنفط
والقير لا يملك بالاحياء ولا يختص بها
المحجر اقول لا خلاف في ذلك ولا اشكال بناء على انها
من المشتركات بين جميع الناس فظاهر المتن ونحوه انها
لا تملك بالاحياء مطلقا لانها حينئذ يخلق الله تعالى لها فلا يحب
بفعل المتملك فيها او لانها مثبتة قد تعلق بها حق الناس
كالمشاعر ونحوها ولكن قد قيل بانها لا تملك بالاحياء معدنا
لعدم تصوره بعد كونها مخلوقة معدنا ظاهرا لا يتوقف على
حفر ونحوه واما احياؤها دارا مثلا او غيرها مما لا ينافي كونها
معدنا امكن القول بصحته فيملكها ان لم يكن اجماع على ٢ فيملكها
خلافه لعدم ادلة الاحياء كما قيل وعليه منع ظاهر حفرها
بعد اطلاقهم عدم احيائها وبعد وضوح منافاته لاشتراك
جميع الناس اجمع في الانتفاع بها على نحو الطرق العامة
بل وفي تملك ما فيها على نحو المياه والحطب ونحوه مما يملك
بالحيازة ونحوها فلا يختص بها المحجر بتحجيره الذي هو الشروع
في الاحياء المفروض عدم صحته كما قيل او يقال بعدم صحة
التحجير فيها لتعلق حق الناس اجمع بها او لانه مختص
بالموات التي

بالموات التي لا ريب في عدم دخول المعادن فيها لا لغة ولا
عرفا ولا شرعا كما هو واضح والله اعلم تنبيه قد ذكر ثاني
الشهيدين في لك هنا ان المعادن هي البقاع التي اودعها الله تعالى
شيئا من الجواهر المطلوبة وهي قسمان ظاهرة وباطنة
فالظاهرة هي التي تبدو جواهرها من غير عمل وانما السعي و
العمل لتحصيلها ثم تحصيلها قد يسهل وقد يلحقه تعب وذلك
كالنفط وحجارة الرحى والبرام والكبريت والقير واشباه
ذلك وفي مفتاح الكرامة ان المجتمع من كلام اللغويين و
الفقهاء ان المعدن ما استخرج من الارض مما كانت اصله ثم اشتمل
على خصوصية يعظم الانتفاع بها وقد يورد عليه بعدم صدقه
على عيون الملح ونحوه مما يخرج من الارض على نحو خروج الماء
منها فتدبر جيدا والله اعلم قال ره وفي جواز اقطاع
السلطان المعادن والمياه تردد وكذا
في اختصاص المقطع بها اقول وفي المسالك وغيره
ان فيه قولين اظهرهما العدم لان الناس فيه شرع سواء
ووجه الجواز عموم الولاية وتصرفه وان نظره في المصلحة

كما وقد روي ان حسّانا قال استقطعت رسول الله ص
معدنا من الملح بمأذن فاقطعنيه اياه فقلت يا رسول الله
انه بمنزلة الماء العدّ يعني انه لا ينقطع ولا يحتاج الى عمل
فقال ص فلا اذن الى غير ذلك مما لا ثمرة مهمة في التعرض له
بالنسبة الى الامام ع الذي لا يقع منه الخطأ والنسيان فما يقع
منه هو الحق الذي يجب علينا اتباعه فيه ما لم يكن من خواصه ص و
لكنا لم نعلم وقوع ذلك منه ص وح فليس لنائبه ع فعل ذلك بل
لو علم بوقوع ذلك منه ص ففي جوازه لنائبه ع اشكال للاصل و
لاحتمال كونه من خواصه ولعدم شمول دليل الولاية النيابة لمثل ذلك
فتأمل جيدا والله اعلم واما التردد في اختصاص المقطع بفتح الطاء
فمنشأه انه هو التردد في جواز الاقطاع وعدمه اذ الممنوع من
الاقطاع المفيد للملك هو الممنوع ايضا من الاقطاع المفيد
للاختصاص لاتحاد المناط فيهما وقد يحتمل ان يراد انه لو اقطعه
السلطان لم يفده ملكا فهل يفيده اختصاصا وجهان من الاصل
ومن ان ذلك مانع من اصل الاشتراك بين جميع الناس والاول
اظهر فلاحظ وتدبر والله اعلم واما التردد في اختصاص المقطع بكسر الطاء
بها فلعله من انفسهم ونحوه ومن اشتراك الناس اجمع فيها قبل
والامر سهل والله العالم قال ره ومن سبق اليها فله
اخذ حاجته فلو تسابق اثنان فالسابق

عموم كونه اولى بالمؤمنين ح

اولى

اولى ولو توافيا وامكن ان يأخذ كل منهما بغيته فلا بحث
والا اقرع بينهما مع التعاسر وقيل يقسم وهو حسن
اقول اما الاول فلا خلاف فيه ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه بل
لعله من الضروريات والعمومات قاضية بذلك وكذا في الثاني لانه
هو الى غيره لذلك لغة وعرفا وشرعا هذا اذا كان سابقا الى نفس
الذي في المعدن واما اذا كان سابقا الى نفس المكان فلم يكن
حائزا لنفس المال فهو اولى بذلك المكان فقط فليس لاحد
ازالته عن مكانه واما اولويته بالمال الذي فيه ففي ثبوتها اشكال
ولا مخرج عن اصالة العدم اللهم الا ان يتم عليه اجماع فيتبع
ولكن انّى بذلك فتأمل جيدا والله اعلم وكذا في الثالث لحصول
غرضهما وعدم مزاحمة احدهما للاخر كما هو المفروض وهو كذلك
بناء على انه ليس لاحدهما ان يحوز ما زاد على بغيته وما يناسب
حاله كما عن بعضهم واما بناء على ان لكل واحد منهما الزيادة
على ما يناسب حاله وعلى غرضه المحتاج اليه عادة كما عن الشيخ
والفاضل والشهيد والثانيين وغيرهم تمسكا بالعموم فيتعقد
يقع التشاح بينهما ايضا بان يريد احدهما التقدم على الاخر او بان
يريد كل واحد منهما جميع ما سبق اليه وحازه عرفا وان زاد على
ما يحتاج لمثله ايضا وفي الكفاية لو ازدحم اثنان فصاعدا فان كان
منهما اوطى وباقي قد يتحقق التقديم الاظهر انه يأخذ قدر حاجته

كما لو انفرد وقيل يأخذ ما تقتضيه العادة لمثله وعلى الثاني فلو اراد
الزيادة على ما يقتضيه حق السبق ففي اجابته وجهان من تحقق
الاولوية بالسبق ومن ان عكوفه عليه يفيد الاولوية في الجملة
والاصح الاول ولو جاءا معا فان امكن اجتماعهما وان يأخذ كل واحد
منهما مطلوبه جمع بينهما وان لم يمكن الجمع بينهما اقرع بينهما لاستوائهما
في الاولوية وعدم امكان الاشتراك واستحالة الترجيح فاشكل المستحق
فيعين بالقرعة لانها لكل امر مشكل فمن اخرجته قدم باخذ حاجته
وقيل ينصب الحاكم من يقسم بينهما لاستوائهما في الاستحقاق وانتفاء
المرجح للتقديم واستحسنه المص وهو جيد مع قبوله للقسمة اما مع
عدمه فالقرعة احسن ولو كان يؤدي حاجتهما وزيادة ولكن قد
ضاق المكان عن اخذهما منه دفعة فالقرعة ايضا وان امكن القسمة
وفائدتها تقديم من اخرجته في اخذ بغيته ومثله ما لو ازدحم اثنان
على نهر ونحوه ولم يمكن الجمع بينهما لكن لو تغلب احدهما هنا اثم وملك
بخلاف تغلبه على اولوية التحجير والفرق بينهما ان الملك هنا لا يتحقق
للزيادة عن مطلوبهما بخلاف التحجير الى غير ذلك مما فيها وفي غيرها
مما لا يخلو بعضه من نظر او منع فلاحظ وتدبر والله اعلم قال

هل المعادن من الانفال ام لا

ومن فقهائنا من يخص المعادن بالامام ع
فهي عنده من الانفال وعلى هذا لا يملك
ما ظهر منها ولا ما بطن ولو صح تملكها له

بالاحياء

بالاحياء لزم من قوله اشتراط اذن الامام ع
وكل ذلك لم يثبت اقول هذا القول منسوب الى المفيد وابي
البراج وسلار والشيخ وعلي بن ابراهيم والكليني بل في التذكرة نسبته
الى اكثر علمائنا لما دل على ان الارض كلها له ع وخبر اسحق بن عمار
المروي عن تفسير علي بن ابراهيم عن ابي عبد الله ع عن الانفال فقال ع
هي القرى التي خربت والمعادن منها الحديث والمرسل عنه ع عن الانفال
فقال ع منها المعادن والاجام الحديث وعن تفسير العياشي عن ابي
بصير عن ابي جعفر ع انه قال لنا الانفال فقلت له ع وما الانفال
فقال ع منها المعادن والاجام وكل ارض لا رب لها وكل ارض باد
اهلها فهو لنا وعن داود بن فرقد عن ابي عبد الله ع عن الانفال فقال ع
بطون الاودية ورؤس الجبال والاجام والمعادن الحديث الى غير
ذلك مما هو ظاهر الدلالة الا انه قاصر من جهة اعراض المشهور عنها كما قيل
وحكاية الاجماع ظاهرا على خلافه كما قيل فلا يخرج بها عن الاصول النافية
لذلك كله وصح قوله ص وكل ذلك لكم مبثث ولكن قد يقال بانه ينفي
ايضا كون الناس فيها شرعا سواء لا محالة عدمه ايضا وقد يدفع بقيام
السيرة القطعية عليه فيخرج بها عن الاصل كما قيل او بالنصوص الدالة
عليه في المياه والملح الذي هو من المعادن كما قيل مع عدم القول بالفصل
بينهما وبين باقي المعادن كما قيل وبقوله تعالى خلق لكم ما في الارض الآية
فانه تعالى اضاف الكل الى الكل بالاستحقاق فلا يختص به احد وبان
الاستحقاق شرط لحصول الاحتياج والناس فيه شرع سواء الى غير ذلك
مما لا يخلو من نظر او منع فتدبر وقد يفصل كما عن ابن ادريس بين ما له

فيها

منوط ص

في الموات ونحوها مما هو له ع فيختص به ع وبين ما كان في املاك
المسلمين فخولهم [illegible] دونه وعن المبسوط ان المعادن
للمسلمين كافة والناس كلهم فيها سواء يأخذ كل واحد منهم
قدر حاجته وهو المعتمد في غاية المرام وعن الايضاح عن جماعة
ان المسلمين فيها مشتركون ولا يجوز منع بعضهم عن حقه وفي
كشف الرموز ان وجه التردد اختلاف الاصحاب فذهب
المفيد في المقنعة الى ان ذلك للامام ع وقال المتاخر المعادن
التي في بطون الاودية التي هي للامام ع وبه قال الشيخ وكتاب
احياء الارضين من المبسوط والخلاف وفي كتاب الخمس من المبسوط
ما يدل على انها مباحة للمسلمين قاطبة وهو اشبه لان التخصيص
يحتاج الى دليل وفي التنقيح انه لا كلام في اختصاصه بما هو في
ارضه واما ما عداه ففيه تردد من اطلاق الشيخين ان المعادن
للامام ع من غير تفصيل ومن اصالة الاباحة وحصول الغاية من الخلقة
وهو انتفاع الناس به والمنافي للاختصاص وفي الرياض ان
قصور تلك الاخبار مجبور بعمل الجماعة ولذا صار اليه صاحب
الذخيرة فيها وفي الكفاية ايضا الى آخر ما فيه مما لا يخلو بعضه
من نظر وظاهره موافقة التنقيح في نفي الخلاف عن اختصاصه
فيما كان في ارضه ع الى غير ذلك مما لا يخلو من نظر الا انه مما
يفيد القطع بعدم ثبوت شهرة معتبرة على ان الناس جميع
فيها شرع سواء بل لعل دعوى على العكس اولى كما هو المستفاد
من تتبع

المراد به ابن ادريس

للامام ع ح

٢ بعضه ح

من تتبع كلمات القدماء وغيرهم واولى بالمنع دعوى الشهرة
المعتبرة على ذلك ايض وما في الدروس من انه نسبه الى المتاخرين محل
منع ايض ان اريد به اتفاقهم على ذلك خصوصا مع ما فيه
ايض من ان دليلهم اما اصالة الاباحة واما منع كون الموات
للامام ع واما التزام خروج المعدن عن ملكه والكل ضعيف
وظاهرها عدم موافقتهم ايض واولى بالمنع الاستدلال على
ذلك بخلو كثير من النصوص المعددة للانفال عن المعادن
وبالنصوص الدالة على وجوب الخمس فيها لو كانت من الانفال
لم يجب فيها الخمس كما في الانفال كما قيل وبقوله ع الناس شركاء
في ثلثة الماء والنار والكلاء وبقول الكاظم ع ان المسلمين
شركاء في الماء والنار والكلاء الى غير ذلك مما هو غير دال على
ان الناس اجمع شرع سواء في المعادن خصوصا بناء على عدم
كون الماء منها كما هو ظاهر المشهور او الجميع فلاحظ وتامل والله العالم
تنبيه فتصحح كثير منهم بانه على الاول يجوز للشيعة تناول
ما فيها كما في الانفال التي قد سبق في كتاب الخمس بيان حكمها
فلا حاجة الى اعادته هنا كما وقع لكثير منهم فلاحظ وتامل والله العالم
قال ره ولو كان الى جانب المملحة ارض موات
اذا حفر بها بئرا ونسبق اليها الماء صار

في كون المعادن من الانفال ام لا

خلافا للشيخ في المبسوط فانه قال فيه واما الظاهرة فهي الماء و
٤ مبسوط

ملكها صح ملكها بالاحياء واختص بها المحجر
ولو اقطعها الامام ع صح اقول لا اعرف خلافا
في شيء من ذلك بل لا خلاف فيه كما في المسالك وغيرها
كما في الموات التي يجري فيها الاحياء والتحجير والاقطاع
على الشرائط التي تقدمت فان في هذه الارض جزئيات كالارض
المفروض والله اعلم قال ره والمعادن الباطنة
فهي التي لا تظهر الا بالعمل كمعادن الذهب
والفضة والنحاس فهي تملك بالاحياء
ويجوز للامام ع اقطاعها قبل ان تملك وحقيقة
احيائها ان يبلغ نيلها ولو حجرها وهو ان
يعمل فيها عملا لا يبلغ به نيلها كان احق بها
ولم يملكها ولو اهمل اجبر على اتمام العمل او رفع
يده عنها ولو ذكر عذرا انظره السلطان
بقدر زواله ثم الزمه احد الامرين اقول اما
الاول فقد صرح به كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف بل الاجماع بقسميه
عليه ان اريد به ملك ما فيها من الذهب ونحوه لصدق الحيازة
عليه لغة وعرفا واما لو اريد به ملك عينها كما هو ظاهر النص
وكثير من العبارات فلا يخلو من اشكال اذ لا دليل عليه ولعدم ظهور
اندراج

التي[2]

اندراج مثل ذلك في عموم قولهم ع من احيا ارضا ميتة فهي له اذ المتبادر
من الاحياء فيه نحو الزراعة وبناء الدار وغرس بستان ونحو ذلك اللهم
الا ان يتم اجماع على جواز ذلك ايضا وانى لنا بذلك فتأمل جيدا والله العالم
واما الثاني فلا ريب فيه بناء على انها من الانفال كما هو غير بعيد واما
بناء على انها مشتركة بين جميع المسلمين او جميع الناس ففيه اشكال
من انه في معنى الموات وعموم ولايته ع مع انحصار الحق عنه ع كما قيل
ومن تعلق حق الغير المانع من ذلك ومع عدم الاجماع على الجواز وان
تعلق مثل ذلك غير مانع من ذلك عهدته على مدعيه وظاهر المتن
ونحوه جواز الاقطاع بعد التحجير حيث لم يكن قد حصل بلوغ نيل المعدن
ولا يخلو من اشكال ان لم يكن عليه اجماع والامر سهل والله اعلم واما
الثالث فقد نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف كما قيل بل عن
ط والمهذب والسرائر وغيرها الاجماع على ذلك لصدق الاحياء
على ذلك لغة وعرفا فيملك بذلك وزاد بعضهم مع ذلك اعتبار قصد
التملك لذلك كما قيل وهو جيد مع فرض اشتراطه في مطلق الاحياء
والا فلا وجه له قطعا اذ المقام فرد من افراده ولا دليل يخصه من
باقي افراده ولكن لا يبعد ان يقال بان ذلك من افراد الحيازة
لما صح فيها وظهر له منها فانه في قبضته وسلطنته عرفا فيكون له
شرعا وان لم يقصده على الاظهر ومع ذلك فلو اخذه غيره كان عاصيا
ووجب عليه رده الى مالكه ولا اجرة له على عمله واما نفس الارض
فلا دليل على ملكيتها له اللهم الا ان يتم عليه اجماع فتأمل جيدا والله اعلم

تنبيه قد يظهر لسيل ونحوه ما في المعادن الباطنة فيجري عليه
حكم المعادن الظاهرة وبالعكس كما نص عليه كثير منهم من غير خلاف
فيه يعرف ووجه الامرين ظ لان المدار على الظهور الذي
لا يحتاج اخذه الى علاج وعمل او على الخفاء الذي يحتاج
اخذه الى علاج وعمل فلاحظ وتامل والله اعلم واما الرابع
فلا خلاف فيه ولا اشكال كما في افراد التحجير بقية اذ لا
خصوصية لهذا الفرد من باقي افراده كما هو واضح كوضوح عدم
استلزامه لترتب الاحياء عليه كي يكون الوصول الى مطلوبه
احياء له بل فائدتها مجرد منع الغير من اكماله والوصول الى ما فيه
من الجواهر كما في نظائره فتدبر جيدا والله اعلم واما الخامس
فقد نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف حذرا من التعطيل
المنافي للغرض الذي هو انتفاع الناس بما اودعه الله تعالى
فيها من الجواهر وليس في ادلة التحجير ما يقتضي جواز ذلك على نحو
تحجير الارض للزراعات مثلا بل لعل فيها ما يقتضي عدمه فلاحظ
وتامل والله اعلم واما السادس فلا نعرف فيه خلافا مع كون
العذر مقبولا عند العقلاء غير موجب للتعطيل المنافي للغرض المزبور
والا الزم بقبيل منه والزم باحد الامرين المزبورين فان لم
يفعل احدهما ولم يمتثل امر الامام ع سقط احترامه وجاز
لغيره اتمام عمله باذنه ع ان كان ذلك راجعا اليه ع كما هو احد
القولين والا لم يفتقر الى اذنه ع كما في سائر المشتركات بين

الناس

الناس هذا ولو اعتذر بالاعسار ففي اجابته الى ذلك وجهان
ولعل اقربهما العدم للاصل بعد عدم معلومية حق له في هذا الحال
وعن مع ... انه يحكى عدم اجابته لعدم الاعتداد الذي يخشى منه
التطويل المفضي الى التعطيل والاضرار بالناس بعدم انتفاعهم
بالمعادن كما قيل والله اعلم ولو حفر مكانا واسعا وكان المعدن
في بعض جهاته فقد قيل بانه يملك جميع المحفور باحيائه له او
بانه يختص به بالعمل المزبور وهو جيد مع توقف انتفاعه بالمعدن
على ذلك كما في سائر افراد حريم المحجر والا ففيه اشكال للاصل
النافي لذلك كله بعد عدم شمول اذن الامام ع لمثل ذلك مع بعد
اقتضاء دليل الاشتراك بين جميع المسلمين او جميع الناس اختصاصه
بمقدار ما يحتاج اليه عادة حذرا من الاضرار والتضييق على الناس
كما في نظائره هذا وعن س وغيرها ان من ملك معدنا ملك
حريمه وهو منتهى عروقه ومطرح ترابه وطريقه وما يتوقف عليه
ان عمل عنده وظاهرها ان جميع ما تنتهي اليه عروقه داخل في الحريم
وان زاد على موضع المحفور بكثير طولا وعرضا وقد يشكل بانه من
المعلوم المحقق برق كلام غير واحد ان لغيره ان يحفر في ناحية
اخرى فاذا وصل الى ذلك العرق لم يكن للاول منعه من اخذه لانه
انما يملك المكان الذي حفره وحريمه وقد يدفع بان دخول
ذلك في الحريم عرفا فلا يناسب الدعوى المزبورة فعلى التحرير

انه ان وصل الاول الى العرق فهل للثاني الاخذ منه من جهة اخرى
الوجه المنع فان الاول يملك حريم المعدن وهو كالقريح في موافقه
الدروس وقد عورض الاجماع على خلافه عهدتها على مدعيها وعن
والمهذب انه اذا احيا معدنا فهو احق به وبمرافقه التي منها على
حسب الحاجة ان يخرج منه ما يخرج بالايدي وان ما يخرج بالاعمال فهو
على نحو احياء الموات الذي المدار فيه على الحاجة مما يتوقف عليه
الدواب والدولاب والمستقى ونحو ذلك وبحث عدا انه لا
يقتصر ملك المحجر على محل النيل بل الحفر التي حواليه وتليق بحريمه
بملكه ايضا اما غير ذلك مما لا يستفاد منه معلومية جواز اخذ
عروقه للثاني فدعويها عهدتها على مدعيها نعم لو كان المعدن
متصلا طويلا فاحيى بعض جهاته فلغيره ان يحيى البعض الخارج
عن حريم الاول ويحفر عليه ليس للاول منعه منه اذ ليس هو من
عروق معدنه كي يملكها تبعا لاحيائه كما هو واضح ولعل النزاع
لفظي او موضوعي فلا حظ وتامل والله اعلم قال رح فرع لو
احيى ارضا فظهر فيها معدن ملكها
تبعا لها لانه من اجزائها واما الماء فمن
حفر بئرا في ملكه او في مباح ليملكها فقد
اختص بها كالمحجر فاذا بلغ الماء فقد ملك البئر
والماء ولم يجز لغيره التخطي اليه ولو اخذ منه اعاده

القول

اقول اما الاول فلا نعرف فيه خلافا بل ظاهر كثير منهم الجزم به بل في بغية
بل وبين المسلمين كما هو ظاهر بل في السرائر كما قيل لانه جزء من اجزائها
وان استحال الى حقيقة اخرى غير الاولى الا ان ذلك لا يخرجه عن ملكه فيها
سواء كان عالما به حين احيائها اولا ولكن الفقه بعض من حمل الله تعالى
الرشد في خلافه حيث منع من ملكه في الثاني لعدم قصده مع علمه على
نحو الكنز المدفون فيها وضعفه ظاهر لانه على الوجهين من اجزاء الارض
التي قد ملكها بالاحياء كما قيل وهو حسن مع افادة الاحياء للملك
الحقيقي من تخوم الارض الى عنان السماء كالملك الحاصل بالشراء
ومع كون ما في المعدن من اجزائها ابتداء ثم استحالت الى غيرها بعد
احيائه الاول نعم لهما معا مستظهر لان الاحياء انما يفيد الاختصاص
بالتصرف للمحجر على الاظهر وح فقد يملك ما في المعدن بالحيازة
له حيث يحوزه والا فلا فتدبر ولعدم معلومية الاستحالة المزبورة
فلعل الله تعالى قد اودعها في الارض على هذه الصفة فلا تكون حينئذ من
اجزاء الارض كي يملك بملك الارض ولعله على نحو الكنز المدفون
في الارض كما هو غير بعيد فتامل جيدا والله اعلم وكذا الحكم فيما اذا اشترى
ارضا فظهر فيها معدن كما نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف فالحجة
المناط فيها بل هو اولى بذلك لمعلومية كون الشراء سببا للملك الحقيقي
بخلاف الاحياء فان كونه سببا له محل بحث ونظر كما تقدم فلاحظ وتدبر والله اعلم
ولو قلنا بعموم ملك الامام ع للمعدن الذي في الموات كما هو ظاهر جمع

الارض

ملك المسلمين للمعدن الذي في مواتهم فقد يمنع بثبوته للمحيي
لاشتراك الجميع في التبعية له وعدم خصوصه مع كون المحيي
باذن الامام ع فانه مع تسليم افادته للملك لا يفيد الا ملكيته
على حسب ملكيته ع اللهم الا ان يتم اجماع على الفرق بينه وبين الاولى
فيعول عليه ولكن انى لك بذلك وفي الكفاية ان المشهور انه لو احيى
ارضا فظهر فيها معدن ملكه وكان ذلك مختصا بالمحيي في زمان
الغيبة على القول بكون المعدن ملكا له ع مطلقا وظاهره
كالنص في عدم ثبوت الاجماع والانكار عليها بانه لا وجه لنسبته
الى المشهور مع عدم حكاية الخلاف فيه عن احد من الخاصة والعامة
كانه محل الانكار ايضا فان الشهرة لا اشترط فيها وجود الخلاف
كما هو محرر في محله فلاحظ وتامل والله اعلم ولو حفر انسان
ارضا فوصل الى معدن ثم فتح المسلمون فعن ط والمهذب
والتذكرة والتحرير وغيرها كما عن الفخر وغيره انه غنيمة ع
للغانمين لا انه للمسلمين كالارض ولكن من عند الاشكال
في ذلك حيث انه بحكم المنقول وغير مندرج في الارض التي دلت
ادلتها على انها للمسلمين ولعدم علم قصد التمليك للمحيي فيه
فيكون باقيا على اصل الاباحة نحو من حفر بئرا في البيداء ثم
ارتحل عنها كما قيل ومن انه جزء من الارض التي لا تنتقل او
مثبت بها في ذلك كما قيل ولكن لا مانع للجميع مستظهر خصوصا
الاخير والوجه انها للامام ع كباقي الانفال او لجميع المسلمين
لانها

سكا فوحى

لانها من توابع ارضهم مع عدم الدليل على كونها لخصوص الغانمين او
انها مباحة كسائر المباحات او لاشتراك جميع الناس فيها فيملكها من
يحوزها على نحو المياه والحشيش والحطب ونحو ذلك فلاحظ وتامل والله اعلم
ولو قال صاحب المعدن لغيره اعمل فيه ولك نصف الخارج فلا عن ط
والتذكرة والقواعد الجزم ببطلانه كما عن جامع المقاصد وغيره لجهالة
العوض اجارة كان او جعالة فالحاصل للمالك وعليه الاجرة وقد
يقال بظهور العبارة المزبورة في الجعالة ولا يبعد التزام صحتها
كما احتملها الشهيد رح وغيره بل وكذا لو قال له ولك نصف الخارج
بعد اخراج مؤنة الحفر ونحوه مع زيادة عليها عادة لشمول ادلتها
لمثل ذلك وانكاره في غير محله فلاحظ وتامل والله اعلم ولو قال صاحب
المعدن ما اخرجته فهو لك فعن المبسوط والمهذب وغيرهما انه لا
يصح لانه هبة مجهولة فكلما يخرج فهو لصاحب المعدن الا ان يجدد
هبته بعد ذلك ولا اجرة للعامل للاصل ولانه قد عمل لنفسه كما قيل وقد
يورد عليه باحترام عمل المسلم مع عدم تبرعه به واقدامه على حصول
عوض له كما هو المفروض اللهم الا ان يقال بسقوط احترام عمله لتقصيره
بعدم تعلمه للاحكام فهو الذي ادخل الضرر على نفسه لا اقل من الشك
في ذلك فلا يخرج عن الاصل نعم وقد يعلل بطلان الهبة المزبورة
بالتعليق وبعدم وجود الموهوب حين العقد وبعدم تجدد
سبب آخر للملك حين وجوده اللهم الا ان يكون الموهوب
نفس تراب المعدن الذي بالعمل يصير ذهبا مثلا او يكون متعلق

الاباحة هو الاخراج ومتعلق الهبة هو نفس المخرج فعلا فيقع
عنده الرجوع بركن الهبات او يقال بان المراد بالهبة
اباحة التصرف بالخارج مطلقا حتى التصرف في سائر انواع
التصرفات حتى البيع ونحوه وللمبيح الرجوع فيه قبل خروجه
عن ملك المباح له فتدبر جيدا والله اعلم واما الثاني فلا خلاف
في انه من المشتركات بين جميع الناس بل الاجماع بقسميه عليه
بل لعله من الضروريات التي استمر عليها العمل في سائر الاعصار
مع قوله ص الناس شركاء في ثلثة النار والماء والكلاء ومع
قول ابي الحسن ع ان المسلمين شركاء في الماء والنار والكلاء
بل ومع الاصل ايضا كما قيل ومع عموم الايات كما قيل الى غير ذلك
ولكن قد يعرض له الملك بالحيازة في اناء او حوض او مصنع
او نحو ذلك كما نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف بل الاجماع
بقسميه عليه بل لعله من الضروريات ولا يقدح فيه انكار بعض
العامة لذلك وحكمه بان الحيازة لا تفيد الملك وانما تفيد
الاولوية جمعا بين دليلها وبين ما مر من الخبرين المزبورين فانه
اولى من التزام التخصيص مع ان بين الدليلين عموما من وجه
فكل واحد منهما يقبل التخصيص بالاخر الا ان ذلك كله
كالاجتهاد في مقابلة الاجماع والسيرة القطعية والضرورة ونحو
ذلك هذا والمعروف بيننا انه لا يجب عليه بذل الفاضل عن
حاجته من المياه التي قد حازها للاصل وعموم تسلط الناس على

يكفي هذا القول السخيف من اشتراك الناس في الثلثة المذكورة بعد الحيازة ابقى على ما كان قبل الحيازة

اموالهم

اموالهم مع نفي الخلاف فيه في كثير من العبارات بل ومع الاجماع عليه كما
في المسالك وغيرها فتدبر جيدا والله اعلم واما ملك البئر والماء بعد
وصوله فهو المعروف بيننا بل كاد ان يكون اجماعا وفي المسالك وغيرها
انه مذهب الاصحاب سوى نحو الملك بالحيازة ولكن في المبسوط انه يجب على
مالكه بذل الفاضل عن حاجته لشربه وشرب ماشيته وسقي زرعه
الى غيره بغير عوض اذا احتاج اليه لشربه وشرب ماشيته واما
لسقي زرعه وشجره فلا يجب عليه بذله ولكنه يستحب لخبر ابي
عباس الناس شركاء الخ ولخبر جابر عن النبي ص انه نهى عن بيع فضل
الماء ونحوه عن الخلاف مع زيادة في خبر ابي هريرة عنه ص انه قال
من منع فضل الماء ليمنع به الكلاء منعه الله ص فضل رحمته يوم القيمة
وفي المخ ايض نسبته الى الكاتب ره وهو خيرة كثير ممن جعل الله
الرشد في خلافه وفي المخ ايض ان هذه الاخبار لم تثبت
عندنا صحتها ولو ثبتت حملت على الكراهة دون التحريم وفي المسالك
والمراد ان الماشية انما ترعى قرب الماء فاذا منع من الماء فقد منع من
الكلاء وحازه لنفسه والفرق بين سقي الحيوان والزرع حيث منع
بيع الاول دون الثاني ان الحيوان محترم لروحه بخلاف الزرع ونحوه
وهذه الاخبار كلها عامية ومع ذلك اعم من المدعى ومدلولها
من النهي عن بيع فضل الماء مطلق لا يعمل به هو ولا غيره ممن يعتمد
على هذه الاخبار وهي ظاهرة في ارادة المباح الذي لم يعرض له سبب الملك
كماء الانهار العامة والعيون الخارجة في الموات والسائحة الى احياء

٢ الماء ح

الارض الموات ومياه العيون والابار المباحة فان الناس في هذه
شرع سواء حتى انه لو دخل منه شيء في املاك الناس لم يملكوه الا بنية
الحيازة كما لو نزل مطر واجتمع في ملكهم لكن ليس لاحد ان يدخل
الملك لاخذه من حيث التصرف في الملك لا من حيث الماء ولو فرض دخوله
فيه ناسيا بل او عاصيا فاخذ منه الماء ملكه بحيازته لذلك الماء بل لو
صحت هذه الاخبار لكان المتجه حملها على الكراهة فانه اولى من غيره
في مثل ذلك كما قيل وقد يورد عليها بان هذه الاخبار مروية في
طرق الخاصة الخ بسند معتبر وما دل على الاشتراك منها غير نافٍ من
الملك بسبب الحيازة ونحوها كما ان ما دل منها على منع بيع الفضل
منزل على المنع منه في المباحات ففي خبر ابي بصير موثقا عن ابي عبد الله
انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع النطاف والاربعاء ان تسنى
مسناة ليحمل الماء وتسقى الارض ثم تستغني عنه فقال ع لا تبعه
ولكن اعره جارك والنطاف ان يكون له شرب فيستغني عنه فقال ع
لا تبعه اعره اخاك وجارك وعن عبد الرحمن في الموثق عنه ع
انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن النطاف الذي يكون له شرب الماء الذي يكون له اذا
استغنيت عنه ان تبيعه جارك فتدعه له والاربعاء المسناة تكون
بين القوم فيستغني عنها صاحبها فقال ع يدعها لجاره ولا يبيعها
اياه الا غير ذلك الا ان الجميع قاصر عن معارضة ما يقتضي صحة البيع
من اطلاق الادلة والاجماع وخصوص صحيح سعيد الاعرج عن ابي عبد الله ع
عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة له فيها شركاء فيستغني
بعضهم

بعضهم عن شربه ايبيع شربه فقال ع نعم ان شاء باعه بورق وان
شاء بكيل حنطة ونحوه خبر سعيد بن ابي روح الكاظم عنه ع
عن قناة بين قوم لكل منهم شرب معلوم فاستغنى رجل منهم عن شربه
ايبيعه بحنطة او شعير فقال ع يبيعه بما شاء هذا مما ليس فيه شيء
وعن قرب الاسناد عنه ع عن قوم كانت بينهم قناة لكل انسان
منهم شرب معلوم فباع احدهم شربه بدراهم او بطعام هل
يصلح فقال ع نعم لا بأس بذلك مما دل على جواز بيع الشرب المزبور
كما قيل ولكن قد يدفع بان جواز بيع الحصة المعلومة من القناة
او البئر ونحوهما لا يستلزم جواز بيع نفس الماء الفاضل عن حاجته
المجهول مقداره غالبا او دائما كما هو محل البحث فح فلا تعارض
بين هذه النصوص والنصوص المتقدمة المانعة من بيع نفس الماء
الفاضل عن حاجته المجهول مقداره الذي قد دلت الادلة على
عدم صحة بيعه كالنهي عن بيع الغرر ونحوه وح فلا يلزم منه عدم
تملك نفس الماء المحفوظ في البئر ونحوها فاذا كان مملوكا لم يجب عليه بذل
ما زاد عن حاجته مجانا ولا يجوز لاحد غصبه منه ولو غصبه منه
وجب عليه رده اليه كغيره من امواله فتأمل جيدا والله اعلم
تنبيه قد يظهر من نحو المتن شمول الاختصاص بالبئر لمن حفرها
في ملكه قبل وصوله الى الماء فيشكل عليه بعدم تصوره في المملوك
وانما يتصور في الحفر في المباح فقط فلا وجه للتعميم المزبور الا ان الوجه

قصره على المباح فقط فتأمل جيدا والله اعلم قال ره ويجوز
بيعه كيلا ووزنا ولا يجوز بيعه اجمع
لتعذر تسليمه لاختلاطه بما يستخلف

اقول لا نعرف خلافا في ذلك بل ظاهرهم الاجماع على
ذلك ويشهد له الجمع بين الادلة العامة والنصوص لحمل
المانعة على الثاني والمجوزة على الاول ولكن يبقى الكلام في امور
الاول فيما لو كان الماء في هذا محصورا لا يختلط بغيره كحوض
او قربة او نحوهما ففي صحة بيعه وجهان او قولان من اصالة
الفساد والنهي عن بيع الغرر وبيع المجهول ونحو ذلك ومن العمومات
وصدق المعلومية بالمشاهدة وجريان السيرة المستمرة على
بيع قرب الماء بالمشاهدة قيل ولكن الثاني للجميع مستظهر فلعل
الاول اظهر فتدبر والله اعلم الثاني في الوجه الثاني المختلط بالمتجدد
فقد يمنع منه خاصة كما قد يفهم من المتن ونحوه بل لعله المشهور
فيما بينهم من جهة تعذر تسليم المبيع منفردا متميزا ولكن المانع
لا عبرة بذلك مستظهر بناء على التمسك بالعمومات في نفي اعتبار
ذلك مما هو محتمل المانعية ونحوها والا فلا محيص عن اصالة
الفساد كما في نظائره فتأمل جيدا والله اعلم الثالث انه يبيع
نفس الماء على الدوام اصالة لا تبعا لبيع الارض كنصف ماء
القناة والبئر ونحوهما وظاهر الدروس وغيرها صحته تمسكا
بالعمومات

معتقد بر...

بالعمومات وبالنصوص الدالة ظاهرة في ذلك كما قيل ولكن المانع لها
مما مستظهر بل لعل الظاهر من النصوص المزبورة انما هو بيع نفس
الارض التي ينبع الماء النابع منها اوالى شربها وانكاره
قد يشبه المكابرة ولا بأس باستعمال الحيلة في ذلك ونحوه فان
دائرته اوسع من البيع كما هو واضح فتأمل جيدا والله اعلم قال ره
ولو حفرها لا للتملك بل للانتفاع فهو احق
بها مدة مقامه عليها وقيل يجب عليه بذل
الفاضل من مائها عن حاجته وكذا قيل
في ماء العين والنهر ولو قيل لا يجب كان
حسنا فاذا فارق فمن سبق اليها فهو
احق بالانتفاع بها اقول اما الاول فقد نقل عليه كثير
لما عن الشيخ وابن ادريس والفاضل والشهيد والثانيين و
غيرهم لانه لا ينقص عن التحجير بعد الاتفاق على الملك بعد قصد
التحجير وبعموم قوله ع من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق به
ولظهور اجماعهم على ذلك وقد بينا قبل في الاول عدم كونه
كالتحجير الذي هو الشروع في الاحياء المملك في الاحقية المزبورة
عند متحققة بعد فرض عدم قصده التملك بالاحياء بناء على اعتباره

فيه كما قيل وقد يدفع بان ذلك غير مناف لانه اولى من التحجير او انه
مثله قطعا كما هو ظاهر تعليلهم وان نافى كونه من افراده عندهم
فتم جيدا وقد يناقش في الثاني بان النسخ المعتبرة عندهم فهو له
وح فيحمل النسخة الاخرى عليه دون العكس كما مر فتدبر والله اعلم
واما الفصل الرابع فلم نعرف قائلا اعترف به بعضهم ولعله
لازم للشيخ ان لم يكن من قوله ان يجيء وربما نسب الى التذكرة انه
ليس لغير المحتاج عما فضل عن حاجته لا فرق بين الماشية ولا
الزرع الا انه مدفوع باحالة عدم وجوب بذله اليهم بعد ان
كان له فيه حق نحو حق التحجير لا انه كالمملوك بالنسبة الى ذلك
الكلهم الا ان يقال بان ذلك لا يزيد على السبق الى المباح
الذي لا يجوز له المنع عما زاد على حاجته لاطلاق ما دل على ان الناس
فيه شرع سواء وغيره مما في نظائره ولكن ضعفه ظاهر لوضوح
الفرق بينهما وكذا البحث في ماء العين والنهر المستخرجين في الارض
المباحة لا في ماء المنابع الطبيعية واما في المصرية فان كان مع
قصد التملك فلعله لعموم تسلط الناس على اموالهم مطلقا وان
كان مع عدم قصد التملك فلعله لان الحق كالملك ولعموم تسلط
الناس على اموالهم وحقوقهم كما قيل ولكن فيهما نظر او منع خصوصا
لو قلنا بان ذلك كالسبق الى المباح ودعوى معلومية خلاف
ذلك شرعا يمكن شهادتها على حصول الملك بذلك وان لم يقصد اسبق صح

الدوام

الدوام على نحو الاحياء الذي لا يخفى فيه في دونه عندهم على ما هو
الظاهر من كلامهم بل هو صريح بعضهم كما قيل وفيه انه يمكن ايضا
شهادتها على ان هذا الحق كحق التحجير فهو اعم من الامرين الا
ان المعلومية المزبورة مما لا شاهد عليها فتم جيدا والله اعلم
واما الثاني فقد نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف
مع كون المفارقة مفارقة اعراض للسقوط حقه بالاعراض
عنه كما قيل ولكن لا يخلو من نظر او منع واولى بذلك ما اذا
فارقه غير معرض عنه لاصالة البقاء الا ان يقال بان يكون
الحق المزبور على نحو السبق الى المباح الذي لا يبعد
دورانه مدار الحاجة كما في السبق الى المسجد ونحوه هذا وقد
يورد عليهم بانه ان كان هذا الحق كحق التحجير لم يسقط بمطلق
المفارقة وان كان كحق السبق الى المباح اتجه في سقوطه
بها ولكن كان يجب عليه بذل الزائد على حاجته كما في المياه
المباحة التي يكون للسابق حق فيها بقدر حاجته فالجمع
بين الحكمين كما وقع في كلامهم غير متجه كما قيل وقد يدفع بان
الاعراض قد يكون مخرجا عن الملك فقد يكون سببا لاباحته
لسائر الناس فانى بانه فان يكون حق التحجير كذلك فلا

يلزم من القول به القول بعدم وجوب البذل كما هو واضح فتأمل
جيدا والله اعلم ولو عاد اليه بعد المفارقة ففي ثبوت حق
له في الماء وجهان مفرعان على الوجهين في اثر المفارقة
فان قلنا بانه زوال الملك او الحق فلا حق له والا كان
حقه او ملكه باقيا فهو اولى بذلك فتأمل جيدا والله اعلم
قال ره وأما مياه العيون والآبار والغيوث
فالناس فيها سواء ومن اغترف منها شيئا
باناء وحازه في حوضه او مصنعه فقد
ملكه اقول لا نعرف خلافا في شيء من ذلك بل الاجماع
بقسميه عليه بل لعله من الضروريات والنصوص السابقة وغيرها
ناطقة بذلك ايضا وما في بعضها من ذكر المسلمين غير مناف
لعموم الناس كما هو واضح والله اعلم ولو حفرت البئر العادية
وذهبت مياهها فاستخرجه انسان ملكها كما صرح به الفاضل وغيره
لانها ح ارض ميتة فتملك باحيائها كما قيل واما لو كانت
لمسلم فلا تملك باحيائها كما سبق في نظائره والله اعلم ولو
حفرت البئر في ارض المسلمين المفتوحة عنوة ففي تملك الحافر
لمائها اشكال لعدم جواز احيائها فلا تملك به فلا تملك مائها
تبعا للملك ولكن لا يبعد ملكه للماء بالحيازة على نحو ملك ما في

المعدن

في آخر المبسوط ان الماء من المعادن الظاهرة فلاحظ

المعدن خصوصا على تقدير كون الماء من افراد المعادن كما وقع
في كلام البعض فتدبر والله اعلم ولو حفر انسان بئرا في الارض
الموقوفة على المسلمين مثلا فالمتجه عدم تملكه لمائها بل يكون
للموقوف عليه لانه نماء ملكهم كما قيل وقد يقال بانه مع جواز حفر
المزبور يكون ملكا بالحيازة ايضا والا وجب عليه دفنها كما في
نظائره ولو عصى ولم يطمها فالماء له ايضا لعدم التنافي بينهما
فتأمل جيدا والله اعلم ولو اراد انسان ان يسبل بئرا في ارض
مملوكة للغير فعليه ان ينقل اليه مقدارا منها ليكون الماء له
فيسبله وفي الاراضي المباحة ينوي تملك ذلك المقدار فيكون
الماء له ثم يسبله ولكن قد يكون ملكه للماء بالحيازة فيمنع تسبيله
بل لو لم يملكه ولكن كان اولى به فلا بأس بان يسبله ايضا اذ لا يشترط
في تسبيله ان يكون الماء ملكا له للاصل واطلاق ادلته فتأمل جيدا
والله اعلم قال ره وهنا مسائل الاولى ما يقبضه
النهر المملوك من الماء المباح قال الشيخ ره
لا يملكه الحافر كما اذا جرى السيل الى الارض
المملوكة بل الحافر اولى بمائه من غيره لان يده
عليه فان كان فيه جماعة فان وسعهم

في الماء الجاري فيه
في النهر المملوك
اشغال الملك ...

او تراضوا فيه فلا بحث وان تعاسروا
قسّم بينهم على سعة الضياع ولو قيل
يقسم على قدر انصبائهم من النهر كان حسنا
اقول لا خلاف في اولوية الى فرد الماء الجاري فيه وانه ليس
لأحد مزاحمته فيه للسقي حتى الغير مما يفرز به فيما يحتاج
اليه لزرعه وغرسه ونحوهما واما الشرب منه ونحوه فلا ريب
في جوازه عملا بالاصل وشاهد الحال والسيرة القطعية بل
لو منع الى فرد من ذلك ففي لزوم الامتناع منه اشكال خصوصا
مع شدة حاجة المترددين الى ذلك عرفا لكن انما
الخلاف في ملكيته الى فرد الماء الذي يدخل فيه فالمشهور بين
الاصحاب خصوصا المتأخرين انه يملكه كما يملك الى رج
لحفر البئر والعين لاشتراكهما في المقتضي وهو الاخراج و
الكلفة عليه كاخراج المعدن وبصدق الحيازة على ذلك
عرفا ولخبر الفضل عن ابي عبد الله ع عن بيع الكلأ اذا
كان سيحا يعمد الرجل الى مائه فيسوقه الى الارض فيسقيه
الحشيش وهو الذي حفر النهر وله الماء يزرع به ما شاء فقال
اذا كان الماء له فليزرع به ما شاء وليبعه بما احب وعزه

في وجه ٢

المشهور
يقولون
بالملك

٢ اسمعيل بن ...

ومن النصوص

لانه استفادة يملك الماء او الحاجة
في النهر كما هو فيه
من نصوص السابقة
في القناة مجمل
... بل منع

فعل الشيخ بالاعلية
لعله بالملك وفي
بالتفصيل لكن

من النصوص السابقة في القناة كما قيل وبهما افتى بعض من
جعل الله تعالى الرشد في خلافه كما قيل ولكن مع ذلك كله
فعن الشيخ في المبسوط انه لا يملكه الى فرد للاصل ولانه
كجريان السيل الى ارض مملوكة وعن الكاتب ان انه اعتبر
عمل ما يصلح لسد الماء ولفتح في تملكه لتوقف صدق الحيازة
عليه عرفا التي هي فعل من افعال المكلف المقدور له فعلا
وتركا على ذلك كما قيل وعليه منع ظاهر كما اعترف به
بعض الاواخر لوضوح صدقها عليه بدون ذلك كوضوح
الفرق بينه وبين ماء السيل الداخل في ملك الغير الذي
لم يقصد حيازته ولم يجعل آلة معدة لذلك دائما
نحو الشبكة للصيد مثلا كما هو واضح كوضوح سقوط البحث
مع وحدة الى فرد ومع تراضي الجماعة بدون نزاع
بينهم لانحصار الحق فيهم فلا اعتراض لأحد عليهم في عدم فرق
بين تراضيهم بالمهاياة او بالقسمة على اي وجه اتفق
كما في نظائره لمن اجتنبا والله اعلم واما مع نزاعهم في ذلك ففي
كيفية القسمة فيما بينهم قولان وعن الشيخ انه يقسم على حسب
الضياع فلو كان لأحدهم مائة ذراع في الارض وللآخر

الف فرع ان كان للاول جزء من النهر من احد عشر جزءاً
وللاخر عشرة اجزاء منها وبهذا العدد ملكهم للماء واتمام احق
به لاجل ملكهم فيتوزع الماء على قدره كما قيل وقد يتوقع ومنع
الاصل فلا يلتفت الى ما يتفرع عليه كما قيل وقد يقال بامكان
تفريعه على الملك ايضا لان كل واحد منهم يحوز مقدار ما يحتاج
اليه ملكه عادة وان امكن ان يحوز الزائد عليه ايضا في صورة
اخرى الا انه غير مقصود هنا عادة ولعله لذا كان ظاهر
المتن عدم اختصاص القول المزبور بالشيخ رة بل جميع من
تقدم عليه يقول بذلك ايضا وان كان المتجه بانه يقسم
عليهم على قدر حصصهم من النهر قبل جريان الماء فيه لانه هو
الموافق للقواعد الشرعية لان الحيازة تابعة للابنية
التي يحاز فيها من نصف النهر او ثلثه او ربعه او نحو ذلك
ولو كانت الحصة فيه تابعة لمقدار ملكهم من الارض التي
يزرعون فيها مثلا اتحد القولان ولعل النزاع راجع
الى تعيين الحصة فتأمل جيدا والله اعلم ولو طغى [illegible]
ماء النهر وجرى الى ملك الغير ففي ملكه لصاحب النهر له
وجهان من دخوله في ملكه وحيازته وان خرج منه بعد
ذلك فانه غير مناف لملكه له كما في نظائره ومن اصالة

عدم

عدم التملك وعدم قصد الحيازة لما زاد على النهر وخرج منه
كما يشهد عليه الوجدان وعلى الثاني ففي ملك من جرى الماء
المزبور في ارضه له وجهان من الاصل وعدم قصد التملك
له على نحو جريان ماء السيل فيه ونحوه من نشيش الطل ثم فيه ونحو
ذلك ومن دخوله تحت سلطنته عرفا فيكون له شرعا
كما قيل وعليه منع ظاهر كما لا يخفى [illegible] على ذوي البصائر
فتأمل جيدا والله اعلم ولو تراضيا بان يقسم بينهما بالمهاياة
في الزمان يوما فيوما مثلا فلا باس به قطعا ولكن في لزومها
عليهما اشكال بل ربما قيل بعدمه للاصل وغيره فلاحدهما
الرجوع فيها قبل استيفائها في بعض الزمان بل وبعده بل
وبعد استيفاء تمام حصته بحسب هذه القسمة وللآخر
الرجوع بها ايضا مطلقا وان كان الرجوع بعوض ما استوفاه
صاحبه مثلا او قيمة او اجرة زمان ما استوفاه فان علم ذلك
فلا بحث والا فالصلح بينهما خير كما انه قد يقال بانه ليس له عوض
ما استوفاه صاحبه اصلا للاصل وعدم معلومية كون ما استوفاه
مضمونا عليه في ذمته بغير ما قابله من النوبة المقررة بينهما فانه
لم يرض بها ورجع عن تقريره الواقع بينهما باختياره

فقد سقط حقه بنفسه على نحو ما سبق في المعاطاة على القول
بانها اباحة نعم لو رجع المستوفي فعليه دفع عوض ما استوفاه
الى صاحبه لانه لم يبذله اليه ما تراضيا عليه كما هو المفروض
فتدبر جيدا والله اعلم ولو وقعت المهاياة بصلح ونحوه
فالظاهر لزومها كما هو مقتضى ادلته الا ان يتفقا على
فسخه كما في نظائره والله اعلم ولو قسم بينهما بتعديل السهام
بثقوب في صخرة ونحوها فلا بحث فيه وليس لاحدهما
الرجوع فيه لحصول تميز حق كل منهما بذلك كما هو
المفروض فتامل جيدا والله اعلم قال ع الثانية اذا
استجد جماعة نهرا في المباح يصرفون
اولي به فاذا وصلوا منتزع الماء ملكوه
وكان بينهم على قدر النفقة على عملهم
اقول لا خلاف في ذلك بل الاجماع بقسميه عليه لان الاول
تحجير حقيقة او حكما والثاني احياء عرفا مطلقا سواء جرى
فيه الماء او لا لان المدار في الاحياء على التهيؤ والاستعداد
للجريان لا على فعلية الجريان الانتفاع بالنهر كما في نظائره
واما الثالث فالمدار فيه على قدر العمل سواء اتفقت النفقة

هذه العبارة في المتن متضمنة لبيان مسائل ثلث

هل المدار على العمل او على النفقة والاجرة

او خالفته

او خالفته واطلاق المتن ونحوه منزل على ذلك لانه هو
الغالب والمتعارف فلا يشمل ما اذا اتفق خلافه على
خلاف المعتاد والغالب كما لو آجر احدهم زيدا بعشرة
دراهم وآجر غيره عمروا بثمانية دراهم وتساويا في
العمل اذ المتجه في كون المدار عليه لا على مقدار الاجرة
كما هو واضح كوضوح انه لو حفر كل واحد منهم مقدارا من النهر
لم يشتركوا في جميعه بل يملك كل واحد منهم مقدار حفره
الا ان يعوض كل واحد منهم صاحبه فيما حفره فيشتركون
في الجميع بالعقد الجديد الواقع بينهم كما في سائر الاموال
المتميزة التي تكون مشتركة ببيع كل منهما نصفه بنصف مال
الآخر فلاحظ وتدبر والله اعلم ولو كان لانسان رحى على
النهر المملوك لغيره فان كان وضعها عليه بطريق شرعي فليس
لاربابه سوق الماء الى جهة اخرى بحيث يكون سببا لخراب
الرحى الموضوعة عليه كما في النافع وغيره وعن ابن ادريس
وغيره لاضراره بصاحب الرحى وتفويت حقه الثابت له
شرعا وللصحيح كتب رجل الى الفقيه ع رجل كانت له رحى على
نهر قرية والقرية لرجل او رجلين فاراد صاحب القرية ان يسوق الماء

الى قرية فى غير هذا النهر الذى عليه هذه الرحا ويعطل هذه الرحا
الة ذلك ام لا فوقع ع يتق الله تع ويعمل بالمعروف ولا
يضر اخاه المؤمن الى غير ذلك مما لا يعارضه عموم تسلط الناس
على اموالهم كما هو واضح نعم لو كان وضعها عليه بغير حق شرعى ولو
باذن الفضولى ونحوه مما هو ليس بلازم على صاحب النهر جاز لصاحبه
ذلك للعموم المزبور الذى لا يعارض بنفى الضرر هنا فانه هو الذى
ادخل على نفسه باقدامه على وضع رحاه بغير طريق ملزم لصاحب
النهر فتدبر ولو اذن صاحب النهر صريحا بوضع الرحا على نهره
ففى جواز رجوعه عنه اشكال من العموم المزبور ومن قاعدة
نفى الضرر والاغترار بالجهل وان ذلك كالعارية للدهن ونحوه والاغترار
ولا باس بحمل الفتح على ذلك ايضا او على صورة الجهل بالحال الذى
قد وضعت فيه الرحا حملا لفعله على الصحة اللازمة جريا على
المعتاد الجارى بين العقلاء فتأمل جيدا والله اعلم قال ره الثالثة
اذا لم يف النهر المباح او سيل الوادى بسقى ما
عليه دفعة بدء بالاول وهو الذى يلى فوهته فوهته بضم الفاء وتشديد الواو وهو اصله ومجراه
فاطلق اليه للزرع الى الشراك وللشجر الى القدم
وللنخل الى الساق ثم يرسل الى من دونه ولا يجب
ارساله قبل ذلك ولو ادى الى تلف الاخير اقول
الاصل فى ذلك مع الاجماع كما فى المسالك ما روى عن النبى ص انه قضى فى شرب
نهر فى سيل ان الاعلى يسقى قبل الاسفل ثم يرسله الى الاسفل

وعن

وعن غياث عن ابى عبد الله ع عن آبائه ع عن امير المؤمنين ع
انه قال قضى رسول الله ص فى سيل وادى مهزور ان يحبس الاعلى
على الاسفل وعنه ع انه قال قضى ص فى سيل وادى مهزور ان
للزرع الى الشراك وللنخل الى الكعب ثم يرسل الماء الى
الاسفل من ذلك وفى خبر عنه ع يحبس الاعلى على الاسفل للنخل الى
الكعبين وللزرع الى الشراكين وفى خبر آخر للزرع الى
الشراكين وللنخل الى الساقين قال ابن ابى عمير والمهزور
موضع الوادى وفى المسالك كما هو المشهور فى الرواية تقديم الزاء
المعجمة على الواو ثم الراء المهملة اخيرا ونقل عن ابن بابويه عن شيخه
ابى الوليد بالعكس وذكر انها كلمة فارسية من هرز اذا
زاد على المقدار الذى يحتاج اليه وعن حفص عن ابى عبد الله ع ١٢ الماء
انه قال قضى رسول الله ص فى سيل وادى مهزور ان للنخل
الى الكعبين ولاهل الزرع الى الشراكين وعن عقبة
بن خالد عنه ع انه قال قضى رسول الله ص فى شرب النخل
بالسيل ان الاعلى يشرب قبل الاسفل يترك من الماء الى
الكعبين ثم يسرح الماء الى الاسفل الذى يليه كذلك حتى
تنقضى الحوائط ويفنى الماء الى غير ذلك وفى المبسوط
انه روى ان الاعلى يحبس الى الساق للنخل وللشجر الى القدم

[illegible]

وللزرع الى الشراك ونحوه عن الشرائع وعن النهاية انه
قضى رسول الله ص في سيل وادي مهزور ان يحبس الاعلى على
الذي اسفل منه للنخل الى الكعب وللزرع الى الشراك
ثم يرسل الماء الى من هو دونه ثم كذلك يعمل من هو دونه
وعن الغنية انه قضى رسول الله ص ان الاقرب الى الوادي
يحبس الماء للنخل الى ان يبلغ في ارضه الى اول الساق
والى الزرع الى ان يبلغ الشراك وعن النبي ص انه قضى
في السيل ان يمسك حتى يبلغ الى الكعبين ثم يرسل الاعلى
الى الاسفل وعنه ص ان رجلا من الانصار خاصم الزبير في شراج
الحرة التي يسقون بها فقال ص اسق يا زبير ثم ارسل الماء
الى جارك فغضب الانصاري فقال ان كان ابن عمتك
فتلون وجه رسول الله ص ثم قال ص يا زبير اسق واحبس الماء
حتى يصل الى الجدار ثم ارسله وظاهره ان حكمه ص اولا كان
مراعاة منه ص للانصاري فلما اساء الادب معه ص عامله بالحق
الثابت في شريعته ص مع احتمال ان الانصاري قد ارتد عن
الاسلام بفعله المزبور فاسقط النبي ص حرمته عقوبة له في الدنيا
قبل الاخرة هذا وقد ظهر لك ان تمام البحث يتم بامور الاول
ان تقديم الاعلى فالاعلى في مشتركة النهر انما هو اذا كان سابقا في الاحياء
او اشتبه المقدم فيه اما لو علم المتقدم في الاحياء فهو به اولى لا

٢ يا رسول الله ص

٥ فرع في اعضاد الارض لتمسك الماء تشبيها بجدار الحائط وقال الشهيد وان
الجدار الحائط يحبس الماء

وان ابعد الجميع من الفوهة ثم الذي يليه في الاحياء وهكذا لان
حق ان يبقى في الاحياء سابق في الماء ايضا واطلاق النصوص
بتقديم الاقرب منزل على ذلك بل [illegible] الاظهر تنزيله
على حالة الاشتباه فقط ونحوه عن الدروس وجامع المقاصد
وكثير من العبارات بل قيل ان النصوص لا عموم فيها بحيث يشمل
صورة العلم بالحال بل لعلها ظاهرة في صورة الجهل فقط مع
ان ان يبقى في الاحياء قد تعلق حقه بالماء قبل غيره وان
كان في آخر النهر مع عموم قوله ص من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم
فهو احق به ودعوى ان التعارض بينه وبين اطلاق النصوص
المزبورة بالعموم من وجه والترجيح لهذه الاطلاقات بالكثرة
وقوة السند والدلالة مع الكشف شمول العموم المزبور لاشتمال
ذلك كما قيل يدفعها ما قيل من رجحان العموم المزبور بالشهرة
والاجماع المنقول بل ربما قيل بان هذه الاطلاقات مقيدة
بالاجماع فلا يلتفت الى ما في المفاتيح والرياض وغيرهما من
التامل في ذلك والميل الى العمل باطلاق هذه النصوص
مطلقا كما قيل وفي الرياض انه ينبغي اطلاق النصوص وكلام
الفقهاء وتقييد الحكم بكون الاعلى سابقا في احياء الارض التي
يراد سقيها او كونه ان يبقى مجهولا كما ذكره الشهيدان وغيرهما
قائلين بتقديم المتاخر اذا كان سابقا في الاحياء معللين له

٢ كان ص

٢ كما عن المبسوط والتذكرة وغيرها ع

بتقدم حقه فى الماء بالاحياء ويتوجه صاحب الكفاية قائلا بان الروايات
الدالة على تقديم الذي يلي فوهة النهر لا عموم لها بحيث تشمل هذا
القسم وفيه نظر لكفاية رجوع الاطلاق الى العموم فيه حيث لم يظهر
له فرد يكون مع متبادر وتناول افراده كما فى محل البحث ولعله
لذا تنظر فيه صاحب الغاية وهو فى محله الا ان يكون انعقد
الاجماع على صحته انتهى وقد يقال بانه لا اجماع بل ولا معلومية
فى امثال ذلك بل ولا شهرة ترجح العموم المزبور على الاطلاقات
مع تسليم وجوده وتسليم دلالته كما مر فلاحظ وتدبر والله اعلم
وفيها ايضا الثانى فى اطلاق النصوص والفتاوى سقى الزرع والشجر
والنخل ذلك المقدار محمول على الغالب فى ارض الحجاز من استوائها
وامكان سقيها اجمع كذلك فلو كانت مختلفة فى الارتفاع
والانخفاض بحيث لو سقيت اجمع كذلك زاد الماء فى الارض
المنخفضة على الحد المشروع افرد كل واحد بالسقى بما هو طريقه
توصلا الى متابعة النص بحسب الامكان ولو كانت كلها منحدرة
لا يقف الماء فيها كذلك سقيت بما تقتضيه العادة وسقط
اعتبار التقدير الشرعى لتعذره ونحوه فى جرك وقد يورد عليها
بان المتجه سقوطه فى بقية ايضا لتعذر المنصوص حقيقة
ولا دليل على لزوم الاقرب اليه الاقرب فليرجع فيه الى ما تندفع به
حاجة

حاجة الاعلى عادة بل قد يقال بان التقديرات المزبورة
راجعة الى العادة ايضا وانها ليست تحديدات شرعية
تعبدية فقد يتفق بعض الزروع مثلا يكفيه دون التحديد
الشرعى فيقتصر على ما يكفيه وقد يتفق بعضها يفتقر الى ما يزيد
عليه عادة فله اخذ الزيادة عليه ايضا وعند الجهل بالحال يرجع
الى التحديد المزبور حسما لمادة النزاع والجدال والله اعلم بحقيقة الحال
وقد يورد عليها ايضا باعتبار الغاية لجميع ما فيها وان استلزم
الزيادة فى بعضها على نحو ما لو فرض اشتمال الارض على زرع
وشجر ونخل ويلاحظ التقدير بالنسبة الى المنحدرة وقد يدفع
بان ذلك مخالف للنص مما دون شاهد عليه فليرجع فيه الى
العادة ايضا هذا ولو احتيج سقى الارض لغير ذلك اعتبر الحاجة
عادة فان الظاهر ان التحديد المذكور فى النصوص مراعاة
لها لا انه تحديد تعبدى حتى لو علم زيادته على الحاجة ولكن
لا حق للاسفل الابعد استيفاء الاعلى تمام حاجته وان
ادى ذلك الى ضرر الغير بل ان لم يفضل شىء عن الاعلى لا شىء
للاسفل كما نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه بل الاجماع بقسميه عليه
لان الاعلى احق بمقدار حاجته بل الاحق فالاحق الابعد فهو
كما هو ظاهر النص وغيره فتدبر جيدا والله اعلم وفيها ايضا
الثالث اذا تنازع اثنان ارضا ما متحاذيتان عن يمين

١٢ النصوص صح

النهر وشماله فالوجه القرعة لاستوائهما في الاستحقاق هذا اذا
لم يمكن قسمته بينهما بحيث يمكن سقي كل واحد منهما لحصته
والا فتقدم طلب القسمة والفرق بينها وبين الاول والثاني ٢
دفعة فكانا كالشريكين في النهر بخلاف المتقدم والمتاخر
فانه لاحق للمتاخر مع حاجة المتقدم ثم ان اتفقت
ارضاهما في القدر قسما بالسوية والا قسم الماء على حسب
الارض كالشريكين ولو تهاويا كانت النوبة على النسبة
كذلك ويعتبر قرب الارض الى الماء فيبدأ منها اليه
وان قيل حق انه لو اتسعت احديهما على جانب النهر وخرجت
الاخرى فامتدت الى الخارج فهما مستويان لعدم
القرب بذلك وقد يورد عليها بمنع جريان القرعة هنا
لعدم الاشكال فيه بعد ثبوت حقهما في الاستحقاق كما هو
المفروض وليس المستحق احدهما معينا في الواقع وقد
اشتبه علينا كي نستخرج بالقرعة كما في نظائره بل ويمنع جريان
القسمة ايض بعد عدم كون الماء مملوكا لهما اصلا وانما هو
من المباحات الاصلية كما هو المفروض والحق فيهما بالتشريك
مما لا شاهد عليه اللهم الا ان يتم عليه اجماع وانى بذلك
فالمتجه ان السابق منهما اليه هو المستحق له كما في المعادن
وغيرها فان لم يسبق احدهما فيه وتعاسرا دفع امرهما الى
الحاكم

٢ استوائهما في الاستحقاق صح

الحاكم ليرفع نزاعهما بما يراه من قرعة او قسمة او صلح او غير ذلك
ولو تعذر ذلك وقف الامر بينهما حتى يتراضيا ببعض الوجوه
كما في نظائره الرابع لم يحدد في نصوص الباب تحديد لسقي الشجر
فقد يلحق بالزرع وقد يلحق بالنخل وقد يرجع به الى العادة
في المقدار الذي يحتاج اليه من دون ملاحظة تقدير خاص له شرعا
ولكن في سبل المبسوط والسرائر تحديده بالقدم مع اعتضاده
باشتهاره بين الاصحاب بل اجماعهم على ذلك فلا ينبغي الاشكال
فيه من هذه الجهة وانما الاشكال في الفرق بين التحديدات الثلثة
والمتبادر من التحديد بالشراك عدم تغطية الماء للقدم ومن التحديد
بالقدم انما هو تغطيتها حتى الكعب الذي في ظهرها ومن التحديد
بالساق انما هو الوصول الى اوله لا الى وسطه فضلا عن اعلاه وح
فيصل الى العظمين الناتئين عن يمينه وشماله المسميين بالكعبين
ايض حقيقة عند البعض ومجازا عند المشهور مع القرائن الظنية
او القطعية الشاهدة على ارادته هنا وح فيجتمع النصوص وغيرها
على تحديد واحد للنخل لا انها مختلفة في تحديده وانه محمول على
شدة قوة ماء الوادي الذي يجري فيه فقد يصل الى نصف الساق
او الى اعلاه او على ضعف الموجب لوصوله الى الكعبين كما قيل
٢ ايض صح الا انه تعسف بين اذ مثل ذلك يجري في الشجر والزرع مع عدم
اختلاف التحديد فيهما كما هو واضح فتدبر جيدا والله اعلم الخامس

اطلاق النصوص ونحوها يقتضي عدم الفرق بين جميع افراد
الزرع مما لا يصدق عليه اسم الشجر فيشمل البقولات والخضراوات
حتى التي لها اصول يؤخذ منها ويبقى سنتين فصاعدا مع احتمال قصره
على الحنطة والشعير ونحوهما ويعمل في باقي افراده بمقتضى العادة
والمتعارف في كل قسم لخروجه عن المنصوص مع عدم القطع
بالحاقه به خصوصا مع ظهور التفاوت وتشعب كثير منها فتأمل جيدا
والله اعلم الثاني دس لو اراد انسان ان ينصب رحى على هذا الماء
في الملك له وعزمه انه ان عارض جميع الاملاك او بعضها
بحيث لا يرجع الماء اليه الا بكلفة او نقصان عما كانت في
الابتداء لم يجز الا برضى المعارض سواء بناها في ملكه ام في
الموات وان لم يعارض احدا جاز وان كانت اعلى من الجميع
لان لهم حق الانتفاع لا حق الملك فلا يتوقف على اذنهم
ما لا ينافي الانتفاع ولو كان على النهر ارحية متعارضة
قدم السابق منها في الاحياء فان اشتبه قدم من يلي القرية
لا الاملاك لعدم ما ورد فيه ان لم يكن شك ملك لها فتأمل جيدا والله

كالباذنجان

قال ره الرابعة لو احيى انسان ارضا ميتة على
مثل هذا الوادي لم يشارك السابقين
وقسم له مما يفضل عن كفايتهم وفيه تردد

اقول

اقول قد صرح بذلك كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف كما اعترف به غير
منهم للاصل بعد سبق استحقاقهم للانتفاع به دونه من جهة السبق
الى الحق ونحوه كما قيل ولظهور اجماعهم على ذلك اذ لم يتردد فيه غير
المصنف كما قيل ولان السابق بالحياة ارضهم استحقوا مرافقها
وهذا الماء منها اعظم مرافقها فلا يستحقه غيرهم الا بعد استغناء
السابق كما قيل لكن الدافع للجميع مستظهر لمنع استقرار حقهم
الاولين فيه مع صدق الاحياء الموجب للحق على هذا المحيي كصدقه
على السابق ايضا مع امكان منع كونه من الحريم للاولين على وجه
يمنع من مشاركة هذا المحيي لهم لكن الاجماع المعتضد بامثال ذلك
خصوصا قلة المتعرضين لذلك وعدم بلوغهم حد الشهرة المعتبرة مع
اصالة الاشتراك في مثل هذا الماء الباقي على الاباحة هذا وفي المسالك
وغيره انه على الاول لو لم يفضل عن كفايتهم شيء بل احتاج الاول
السابق عند فراغ المتأخر رجع الحق اليه وهكذا ولا شيء لهذا المحيي
ابدا ولا فرق بين كون الارض التي احياها بعد من فوهة النهر او
اقرب اليه لان المعتبر هو السبق في الاحياء بل من هذا يعلم صحة تقييد
الشهيد وغيره في المسئلة الثالثة كما ذكره كثير ممن تأخر وهو جيد
مع اتحاد موضوع المسئلتين المستلزم لتقييد الاولى بالثانية
ولكن قد يقال بان موضوع الاولى ما اذا كانت املاك

في الفرق بين المسئلة الثالثة والرابعة وعلى صرفه خلاف

محاباة قبل مجيء السيل ونحوه اليها فاذا جاء اليها كان اعلاها متقدما
على ما يليه ثم هو على ما يليه وهكذا من غير فرق بين المتقدم في الاحياء
والمتاخر فيه عملا باطلاق النصوص الا ان بقية وغيرها لم يقف به
التدبر في النصوص والفتاوى التي مثلها وح فهذا الماء ليس بمنح
حريم تلك الاملاك وانما هو عطية من الله تعالى لهم من غير احتساب
وقد قسمه اليهم على الترتيب المذكور واما موضوع الثانية فهو
اذا احيا انسان ارضا ميتة على هذا الماء بعد مجيئه وصيرورته نهرا
مثلا فليس له مشاركتهم فيه مع حاجتهم اليه لعدم شمول النصوص
له مع اصالة عدمها ولعل تردد المحقق في غيره والاقوى عدم محله
وقد يكون تردده في صحة القسمة له من الفاضل عن حاجتهم فانه
لاحق لغيره فيه ايضا كي يقسم له منه بل هو باق على الاباحة لسائر
الناس ولعله الاقرب الى عبارته والعقل بها وقد يحتمل ان
يكون تردده في استقرار القسمة من الفاضل عنهم لاحتمال بمعنى
انه لو احتاج السابق اليه بعدها كان له الرجوع الى مائه ايضا
وليس للاخر منعه منه وفي المسالك بعد ان ذكر ان تردده يحتمل
امرين احدهما ان يكون الاحتمال الاخر مشاركته لهذا المحيي اللاحق في
جميع استحقاق نوبة بعد نوبتهم كالذي قبله وان احتاج السابق
قبل اخذه بالنوبة لان النهر مباح بالاصل وانما استحقه من
سبقه

سبقه بسبب الاحياء وقد شاركهم المتاخر في ذلك كما شارك من قبله
السابق عليه وهذا الاحتمال متجه اذا قلنا بان الاعلى يجب عليه ارسال
الماء لمن بعده بعد سقيه وان احتاج اليه مرة الاخرى وهو وجه
في المسألة اما اذا قلنا بانه اولى من اللاحق مطلقا ولا حق للاحق
مع استغنائه فلا يظهر للاحتمال المذكور وجه لانه مع غناء السابقين
لا اشكال في استحقاقه ومع حاجتهم يقدمون عليه وفي التذكرة نقل
الخلاف فيما اذا احتاج الاعلى بعد استيفاء حقه من السقي الى السقي
مرة اخرى هل يمكن ام لا ثم قوى عدم التمكين وانه يجب عليه الارسال
لمن بعده محتجا بقول النبي ص في خبر عبادة بن الصامت ويرسل الماء
الى الاسفل حتى تنتهي الاراضي وقولهم ع في رواية الصادق ع ثم
يرسل الماء الى الاسفل وغيرهما من الاحاديث والاحتمال الثاني
انه لا يصح لهذا المتاخر مع ضيق الماء الاحياء الا باذن السابقين
لئلا يصير ذريعة الى منع حقهم من النهر على طول الازمنة واشتباه
الحال خصوصا اذا كان اقرب الى فوهته من غيره ونظيره منع المجاورة
للدرب المفتوح من احداث باب فيها حذرا من تطرق الاستحقاق
على طول الزمان وهذا وجه في المسألة نقله في التذكرة عن بعض
العامة واستوجه عدم المنع لان حقهم في النهر لا في الموات عن هذا
الاحتمال وان كان ممكنا في نفسه الا انه بعيد عن تأدية العبارة
والاول انسب لم يشر الى هذا التردد غيره حتى الشيخ في ط
فانه نقل الحكم في الكتاب من غير احتمال اخر مع كثرة ما ينقل من

الوجوه عن المثى لفيمن في مثل ذلك ونحوه في غيرها مما لا يخلو
من نظر فتدبر والله اعلم

المسئلة الخامسة

لو احتاج النهر المزبور الى اصلاح اصلحه اربابه وكان معرفة
عليهم بنسبة استحقاقهم فيه تنزيلا له منزلة الملك المشترك
بين اربابه كما نص عليه كثير منهم من غير خلاف فيه يعرف ولو
تبرع به بعضهم من دون اذن الباقين له بذلك لم يجب
عليهم عوض عنه مطلقا حتى لو قصد به الرجوع عليهم اذ
لا عبرة به مع عدم الاذن له منهم ولو امتنع بعضهم
من اصلاحه لم يجبر عليه للاصل وقاعدة نفي الضرر لا تقتضي
الجواز جبره على ذلك كقاعدة وجوب حفظ المال وحرمة
تضييعه والنهي عن التبذير والاسراف ونحو ذلك ولو
بضميمة ان هذا الحق والاولوية بمنزلة الملك والنهر
المملوك الذي يجبر على اصلاحه حذرا من تلفه وضرره به
الموجب لزيادة الضرر كما قيل فتدبر والله اعلم
الى غير ذلك من الفروع الكثيرة المتعلقة بذلك وغيره
ولا ثمرة مهمة في الاطناب بها كما وقع لبعضهم كما لا ثمرة
في الاطناب

في الاطناب في تنزيل موثق عمار عن عبد صالح ع عن رجل
في يده دار ليست له ولم تزل في يده ويد آبائه من قبله
قد اعلمه من مضى من آبائه انها ليست لهم ولا يدرون لمن
هي فيبيعها ويأخذ ثمنها فقال ع ما احب ان يبيع ما ليس
له فقلت فانه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي ولا
اظنه يجيء لها رب ابدا فقال ع ما احب ان يبيع ما ليس
له فقلت له ع فيبيع سكناها او مكانها في يده فيقول
لصاحبه ابيعك سكناي فتكون في يدك كما هي في يدي
فقال نعم يبيعها على هذا كما وقع للشيخ وابن ادريس ره
وغيرهما والاولى ارجاعه الى ما تقتضيه القواعد الشرعية
كما وقع للمصنف والفاضل وغيرهما وذلك واضح بادنى
تأمل فلاحظ وتأمل والله اعلم تمت كتاب احياء الموات

ويتلوه كتاب اللقطة

فرغت من تحريره شهر ربيع الثاني
١٣٠٤

فان تعذر ذلك كله فالظاهر عود ملكه الى ... (marginal note, partly illegible)